

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Gabriel Pintaúde

**FUNÇÃO SOCIAL DA PROCESSUALÍSTICA:
autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional**

Porto Alegre

2013

Gabriel Pintaúde

**FUNÇÃO SOCIAL DA PROCESSUALÍSTICA:
autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para o título de Doutor em Direito.

Orientador: Dr. Danilo Knijnik.

Porto Alegre

2013

“Serious metaphysics requires us to address when matters described in one vocabulary are made true by matters described in another. But how could we possibly address this question in the absence of a consideration of when it is right to describe matters in the terms of the various vocabularies? And to do that is to reflect on which possible cases fall under which descriptions. And that in turn is to do conceptual analysis. Only that way do we define our subject – or, rather, only that way do we define our subject as the subject we folk suppose is up for discussion. It is always open to us to stipulate the situations covered by the various descriptive terms, in which case we address subjects of our stipulation rather than the subjects the title of our books and papers might naturally lead others to expect us to be addressing. [...]. Conceptual analysis is not being given a role in determining the fundamental nature of our world; it is, rather, being given a central role in determining what to say in less fundamental terms given an account of the world stated in more fundamental terms”.

(Frank Jackson, *From Metaphysics to Ethics: a defence of conceptual analysis*)

“Human beings need true beliefs about their environment, beliefs that can serve to guide their actions to a successful outcome. That being so, they need sources of information that will lead them to believe truths. They have ‘onboard’ sources, eyes and ears, powers of reasoning, which give them a primary stock of beliefs. It will be highly advantageous to them if they can also tap the primary stock of their fellows – the tiger that Fred can see and I can’t be after me and not Fred – that is to say, if they act as informants for each other. On any issue, some informants will be better than others, more likely to supply a true belief. (Fred, who is up a tree, is more likely to tell the truth as to the whereabouts of the tiger than Mabel, who is in the cave). So any community may be presumed to have an interest in evaluating sources of information; and in connection with that interest certain concepts will be in use. The hypothesis I wish to try out is that the concept of knowledge is one of them. To put it briefly and roughly, the concept of knowledge is used to flag approved sources of information. [...]. In seeking information we are seeking to come by true beliefs; we do not want just to have truths enunciated in our presence, but we want to be brought to believe them, so that these beliefs, since they are beliefs (and not mere entertainings) can guide our actions – and guide them to success because they are true”.

(Edward Craig, *Knowledge and the State of Nature: an essay in conceptual synthesis*)

RESUMO

O ensaio defende a tese de que a processualística ostenta função social, cuja especificidade dá-se no âmbito da tutela jurisdicional (como eixo do direito processual civil). Para a presente investigação, a processualística coloca-se como autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional, pressupondo a construção de modelos da experiência jurídico-processual e a construção da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos (material e processual). A função social da processualística é, de um lado, a sua contribuição ao delineamento e à estabilização de condições de justificação racional das decisões judiciais e, de outro, a sua contribuição ao delineamento e à estabilização das condições de verdade dos enunciados jurídicos de correlação entre direitos subjetivos e tutelas jurisdicionais, em vista da replicabilidade (dos direitos pelas tutelas) e, de conseguinte, da controlabilidade da função jurisdicional. A estabilização de condições de justificação de decisões judiciais e das condições de verdade dos enunciados de correlação entre direitos e tutelas dá-se a partir da comensurabilização entre os valores subjacentes às tutelas materiais e aqueles subjacentes às tutelas jurisdicionais, comensurabilização esta da qual depende a alocação do risco de erro no processo civil.

Palavras-chave: Processualística. Tutela jurisdicional. Autoridade da razão dogmática. Condições de justificação. Condições de verdade. Replicabilidade de direitos. Controlabilidade da função judicial. Comensurabilização de valores. Alocação do risco de erro.

ABSTRACT

This essay is a defense of the “social function of procedural dogmatics” thesis, specifically in the law of remedies. For the current investigation, the main thesis means the “authority of legal dogmatics reason” in the law of remedies, which presupposes the construction of models of legal procedural experience and the construction of unity of legal system (within the distinction between substantive and procedural law). The social function of procedural dogmatics is its contribution for establishing the rational justification-conditions of judicial decisions and, on the other hand, for establishing the truth-conditions of legal statements - statements of correlation between substantive rights and remedies -, aiming the replicability of rights and the controllability of the judicial function. The establishment of the justification-conditions of judicial decisions and of the truth-conditions of statements of correlation between substantive rights and remedies takes place as a result of commensurability between the values underlying substantive rights and those underlying remedies. Moreover, the allocation of the risk of error in civil procedure is dependent on this commensurability.

Key-words: Procedural dogmatics. Law of remedies. Authority of legal dogmatics reason. Justification-conditions. Truth-conditions. Replicability of rights. Controllability of the judicial function. Commensurability of values. Allocation of the risk of error.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
Parte I – Função social da processualística como construção de modelos da experiência jurídico-processual	10
1 EXPERIÊNCIA JURÍDICA E EXPERIÊNCIA JURÍDICO-PROCESSUAL	11
1.1 A EXPERIÊNCIA JURÍDICA	12
1.2 INCIDÊNCIA E CAUSALIDADE JURÍDICA	20
1.3 EXPERIÊNCIA JURÍDICO-PROCESSUAL COMO “EXPERIÊNCIA DE UNIDADE”	34
2 OS MODELOS JURÍDICOS E SUAS MODALIDADES	44
2.1 A TEORIA DOS MODELOS JURÍDICOS: a modelagem da experiência jurídica	44
2.2 MODELOS DOGMÁTICOS E SUAS FUNÇÕES	48
2.3 POSTULADOS DA CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DE MODELOS	51
3 FORMALISMO-VALORATIVO COMO MODELAGEM DA EXPERIÊNCIA JURÍDICO-PROCESSUAL	55
3.1 A CONSTRUÇÃO DE MODELOS DA EXPERIÊNCIA JURÍDICO-PROCESSUAL: o formalismo-valorativo	55
3.2 FORMALISMO-VALORATIVO E TECNOLOGIA DE DECIDIBILIDADE DE CONFLITOS	60
3.3 A RELAÇÃO ENTRE FORMALISMO JURÍDICO E DOGMÁTICA PROCESSUAL	69
4 OS ESTÂNDARES DE PROVA COMO MODELOS DOGMÁTICOS	77
4.1 MODELO DE CONHECIMENTO JUDICIAL DE FATOS E VERDADE DE ENUNCIADOS PROBATÓRIOS	77
4.2 SIGNIFICAÇÃO DOS ESTÂNDARES PARA A COMPREENSÃO DA “PERSUASÃO RACIONAL”	84
4.3 ESTÂNDARES DE PROVA, ENUNCIADOS PROBATÓRIOS E ENUNCIADOS DOGMÁTICOS	92
Parte II – Função social da processualística como construção da unidade da ordem jurídica	100
5 A UNIDADE DA ORDEM JURÍDICA E A DOGMÁTICA PROCESSUAL	101
5.1 NORMAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS	101
5.2 REGRA DE RECONHECIMENTO	105
5.3 PRÁTICA DE IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO	114
6 <i>IGNORANTIA IURIS NON EXCUSAT, IURA NOVIT CURIA E NON LIQUET: o juiz como cânone cognoscente do direito</i>	121
6.1 <i>IGNORANTIA IURIS NON EXCUSAT</i> E <i>IURA NOVIT CURIA</i> : dever jurídico do cidadão e dever jurídico do juiz	122
6.2 <i>NON LIQUET</i> E DECIDIBILIDADE	135
6.3 INFERÊNCIA JURÍDICA E ERRO JUDICIAL	143

7	O PLANO DO DIREITO MATERIAL E O PLANO DO DIREITO PROCESSUAL	159
7.1	DISTINÇÃO CONCEITUAL E RELAÇÃO TELEOLÓGICA ENTRE OS PLANOS DA ORDEM JURÍDICA	159
7.2	CONSTITUIÇÃO E DIMENSÃO SOCIAL DAS NORMAS JURÍDICAS	167
7.3	MODELO DE PRÁTICA JUDICIAL	177
8	COMENSURABILIDADE E APLICABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS	186
8.1	TUTELA MATERIAL E TUTELA JURISDICIONAL	186
8.2	COMENSURABILIDADE E MODELOS DOGMÁTICOS	200
8.3	APLICABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS	210
	Parte III – Função social da processualística como autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional	228
9	FUNÇÕES DO DIREITO, FUNÇÃO JURISDICIONAL E FUNÇÕES DA DOGMÁTICA JURÍDICA	228
9.1	FUNÇÕES DO DIREITO	229
9.2	FUNÇÃO JURISDICIONAL	238
9.3	FUNÇÕES DA DOGMÁTICA JURÍDICA	250
10	PROCESSUALÍSTICA COMO METALINGUAGEM DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	259
10.1	ENUNCIADOS DE <i>IURE CONDITO</i> E DE <i>IURE CONDENDO</i>	260
10.2	CONDIÇÕES DE VERDADE DOS ENUNCIADOS JURÍDICOS	268
10.3	ENUNCIADOS DOGMÁTICOS COMO ATOS ILOCUCIONÁRIOS ...	278
11	CONDIÇÕES DE JUSTIFICAÇÃO E TUTELA JURISDICIONAL ..	286
11.1	JUSTIFICAÇÃO DE ATOS E JUSTIFICAÇÃO DE NORMAS	288
11.2	TUTELA JURISDICIONAL E DIMENSÃO ILOCUCIONÁRIA DA ENUNCIÇÃO NORMATIVA	300
11.3	TUTELA JURISDICIONAL E TUTELABILIDADE DOS DIREITOS	317
12	REPLICABILIDADE DE DIREITOS COMO CONTROLABILIDADE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL	341
12.1	JUSTIÇA CORRETIVA, REVERSIVA, DISTRIBUTIVA, RETRIBUTIVA E PREVENTIVA	342
12.2	JUSTIÇA PROCESSUAL.....	361
12.3	TUTELA JURISDICIONAL E ALOCAÇÃO DO RISCO DE ERRO....	370
	CONCLUSÃO – ATRIBUIÇÃO DE FUNÇÃO À PROCESSUALÍSTICA: autoridade judicial e autoridade dogmática .	381
	TESES E DEFINIÇÕES	387
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	393

INTRODUÇÃO

Esse ensaio defende a tese de que a processualística, à semelhança da dogmática jurídica em geral,¹ ostenta função social. No caso da dogmática jurídico-processual, a especificidade de sua função social dá-se no âmbito da tutela jurisdicional; para a presente investigação, nesses moldes, a processualística coloca-se como autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional.

Nesse contexto, a função social da processualística é vista sob três prismas, que correspondem às três partes em que se divide o ensaio: (a) como construção de modelos da experiência jurídico-processual; (b) como construção da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade entre os planos (direito material e direito processual); e, finalmente, (c) como autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional.

Assume-se que a processualística consubstancia uma metalinguagem em relação à sua linguagem-objeto, o direito processual civil. Como dogmática, e como metalinguagem, o ensaio, para a defesa da tese de que à processualística recai função social, defende determinada concepção de direito, haja vista que a função social, conforme defendida nesse ensaio, está associada aos enunciados que a dogmática processual formula sobre determinada domínio da realidade, a experiência jurídico-processual. A função social da processualística - função mediadora como discurso jurídico direcionado à aplicação judicial do direito e à tutela jurisdicional - só é concebível na medida em que se possa atribuir valores de verdade para tais enunciados sobre a experiência jurídica e, por isso mesmo, é imprescindível, para os objetivos desta tese, a associação entre teoria do direito e teoria da tutela jurisdicional.

Essa associação é feita a partir de três distinções (correlacionadas), consideradas fundamentais: (a) entre incidência jurídica e aplicação judicial das normas (e entre identificação e aplicação do direito, à base da distinção entre teoria do direito e teoria da aplicação do direito); (b) entre o plano do direito material e o plano do direito processual; e (c) entre as condições de verdade dos enunciados jurídicos e as condições de justificação das decisões judiciais.

Nessa senda, a construção de modelos jurídicos depende do conceito de incidência jurídica e, por via de consequência, do conceito de fato jurídico que, por seu turno, informa a

¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

noção de experiência jurídica. A especificidade da processualística, no particular, será perspectivada a partir de uma determinada proposta de compreensão do formalismo-valorativo processual e a partir do conceito de estândares de prova.

No tocante aos planos da ordem jurídica, se intenta demonstrar que a distinção entre eles está no cerne mesmo do conceito de tutela jurisdicional, e por isso a construção da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos coloca a processualística como autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional. Nesse âmbito se lança mão dos conceitos hauridos da teoria do direito de matriz analítico-hartiana, especialmente para se mostrar a relação entre os planos da ordem jurídica e o conceito de aplicabilidade das normas jurídicas.

Por fim, faz-se a associação entre funções do direito e da dogmática jurídica - e função jurisdicional e função da processualística - com a atribuição de valores de verdade aos enunciados jurídicos, verdade cujas condições distinguem-se das condições de justificação das decisões judiciais. A autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional perspectiva-se, por fim, a partir da importância das noções de tutelabilidade e de replicabilidade de direitos substantivos para a controlabilidade da função jurisdicional, que está associada à alocação do risco de erro no processo.

Sobre a dogmática jurídica, cumpre trazer à colação as palavras de António Manuel Hespanha, no sentido de que:

[...] o saber jurídico sempre conheceu um outro tipo de atividade - a de reflectir sobre as normas jurídicas, tentando encontrar nelas alguma coerência. Uma espécie de ruminação intelectual do direito que existe, em vista não propriamente de o aperfeiçoar ou de o fazer progredir para novas soluções, mas antes no sentido de reforçar a capacidade de auto-explicação (ou de auto-justificação) do direito que existe; de encontrar modelos gerais que o confirmem, comprovando a sua coerência metodológica e normativa das soluções obtidas - *ex iure quod est regula fiat* [Paulo, *Digesto*, 50.17.1: é do direito que existe que se faz a regra - agora tomada a palavra regra nesta acepção de proposição doutrinal dos juristas]. Muito deste trabalho intelectual reinsere-se, depois, nas fases da interpretação, da integração (em geral, da aplicação do direito). Trata-se, por isso, de uma actividade cognitiva prática - conhecer melhor o direito, para melhor o aplicar à resolução de casos práticos. Este labor intelectual - denominado de ‘construção’ ou ‘dogmática’ - pode ser considerado como um discurso sobre o direito - logo, como um metadiscurso -, [...]. No caso da dogmática, este metadiscurso reincorpora-se no próprio discurso, já que pode servir, de novo, de fundamento a soluções jurídicas”.²

Por seu turno, João Baptista Machado aduz que a dogmática “é uma ciência hermenêutica ‘funcionalizada’, de desenvolvimento limitado e delimitado por quadros

² HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 738-739.

dogmáticos, e bem assim ‘cl clinicamente’ orientada para a decisão de litígios”, ou seja, “é uma disciplina hermenêutica com a qual se combinam exigências técnico-formais decorrentes da sua função pragmática na organização da acção e na decisão dos litígios”. Segundo o autor, por outro lado, “a racionalidade técnica não pode sobrepor-se (para além de certo limite) às exigências dos princípios normativos ao serviço de cuja aplicação se encontra”: “esta combinação da racionalidade normativa com a racionalidade técnico-formal é exigência da eficácia, da implementação prática do Direito, exigência com que não deparam outras disciplinas hermenêuticas”.³

Em última análise, defende-se, à luz dessa caracterização da dogmática, que ela, ademais de um metadiscurso tecnológico - que tem na decidibilidade (possibilitar decisões) um problema nuclear -, e além da sua função prescritiva e criptonormativa, tem na descrição do direito (atribuição de valores de verdade aos enunciados jurídicos) uma função fundamental, que não pode restar dissociada da decidibilidade, sob pena de se tornar inconcebível aquilo que se conhece como o ideal do Estado de Direito. No tocante à processualística, essa temática diz respeito, mais especificamente, ao âmbito da aplicação judicial do direito e da tutela jurisdicional.

³ MACHADO, João Baptista. *Introdução do direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 375.

Parte I – Função social da processualística como construção de modelos da experiência jurídico-processual

O “trato” com a experiência jurídica (que, em sua tricomponencialidade fático-axiológico-normativa, envolve significação de textos e significação de condutas e de situações normadas)⁴ depende da construção de modelos dogmáticos, cuja funcionalidade, assim, consiste na sua atuação jurídico-experiencial, que significa inserção no fluxo da experiência que constitui a juridicidade.

A processualística, como dogmática jurídica particularizada, apresenta sua linguagem específica, articulando-se em complexa correlação de teorias e conceitos para a captação, apreensão e compreensão de sentido da experiência jurídico-processual.

Essa linguagem especificada identifica-se com a modelagem dogmática da experiência jurídico-processual, a partir do pressuposto fundamental da relação de implicação entre ciência e experiência. Compreender é construir modelos de compreensão: a experiência jurídica (em geral) - e a experiência jurídico-processual (em particular) -, em sua heterogeneidade multifacetária de elementos, não tem como ser “objeto de apreensão” totalizante, motivo pelo qual os modelos não podem ser tão complexos quanto a própria experiência “objeto de trato” compreensivo. Assim, a construção de modelos é parte essencial do método; é a partir dela que a dogmática em geral, e a processualística em especial, manifesta sua função social. À processualística, nesse contexto, incumbe fornecer instrumental analítico para a resolução de problemas prático-concretos no âmbito da experiência jurídico-processual.

Nesse sentido, para a explanação acerca da função social da processualística como construção de modelos da experiência jurídico-processual, impende apontar os elementos especificantes de tal experiência particularizada, caracterizada, fundamentalmente, como “experiência de unidade” do ordenamento jurídico, após o excuro acerca da experiência jurídica em geral, em correlação com a causalidade jurídica. A função social, assim, depende da análise acerca dos modelos jurídicos e suas modalidades. Nesse contexto, a expressão “formalismo-valorativo” é vista como modelagem da experiência jurídico-processual. A

⁴ “A estrutura em três capas consta: i) de um sistema de significações (normas, valores, idéias, teorias científicas e filosóficas, ética, religião); ii) agentes em interação de condutas; iii) veículos ou suportes físicos em que se materializa o sistema de significações (*system of meanings*). Um sistema de significações sem um sistema de linguagens, que permeia todos os subsistemas sociais, permaneceria em estado ideacional: ficariam desprovidos de objetivação, sem a relação estável entre o simbólico e seus referentes, inviabilizando a comunicação”. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 11.

função social da processualística complementa-se com a temática da modulação do convencimento judicial por meio de estândares.

1 EXPERIÊNCIA JURÍDICA E EXPERIÊNCIA JURÍDICO-PROCESSUAL

A noção de experiência jurídica recebe um novo influxo semântico - no que diz respeito à implicação fundamentante entre ciência (e conceptualidade) e experiência no âmbito da juridicidade - ao ser correlacionado com o conceito de causalidade jurídica, que tem o condão de reproblematicar a demarcação epistemológica de cientificidade em relação à dogmática, vista como mediação da aplicação-concretização no discurso legitimador entre experiência jurídica e Teoria do Direito (tomada como prolongamento das dogmáticas particulares),⁵ porquanto o comum ponto de partida de todo o conhecimento jurídico-dogmático é a experiência do ordenamento jurídico-positivo. A partir do valor heurístico decorrente da relação articulada entre concreção e abstração possibilitada pela construção dos modelos dogmáticos, transita-se, por graus de abstração, até o nível superior, em movimento simétrico e reversível: regressa-se desse nível superior abstrato-generalizante para encontrar os dados da experiência, “que é o direito espontaneamente observado, ou jurisprudencialmente aplicado”. Segundo Lourival Vilanova, “os conceitos abstratos sem a contraparte dos dados da intuição (experiência) são vazios”.⁶ Esses são os pressupostos de compreensão da experiência jurídico-processual (e de uma particular causalidade jurídico-processual) como específica “experiência de unidade” da ordem jurídica, que é composta por um plano material e um plano processual, em cuja inserção no fluxo experiencial do Direito (experiência jurídico-processual como *locus* central de corroboração da unidade do sistema jurídico) a processualística desempenha sua função social.

⁵ “O ponto que liga os campos específicos de conhecimento jurídico é a parte geral de cada campo ou as denominadas teorias gerais [...]. Muito da chamada parte geral é uma zona de intersecção entre o (digamos) subcampo específico e a órbita da Teoria Geral do Direito”. VILANOVA, 2000, p. 16.

⁶ VILANOVA, loc. cit.

1.1 A EXPERIÊNCIA JURÍDICA

A “idéia” de Direito reconduz-se ao conjunto de experiências vividas, no sentido de vivência existencial de séries de decisões sobre concretos conflitos sociais de interesses. Assim, a “experiência jurídica” identifica-se, primariamente, com uma concreta experiência de conflitos sócio-existenciais de interesses (*quod inter est*); entretanto, para que possa existir apreensão de experiência especificamente jurídica, mostra-se imprescindível uma “transposição” de tais conflitos de interesses em termos de “controvérsias jurídicas”. Significa dizer: a controvérsia jurídica não se exaure no conflito social de interesses: tem-no como elemento necessário, porém não suficiente. Tal conflito, incidente sobre um objeto idêntico (bem natural ou cultural, apto para satisfazer necessidades ou aspirações), implica posições e posturas antagônicas ou incompatíveis entre duas ou mais pessoas: um encontro colisional entre duas posições e posturas discrepantes, com aptidão - em virtude da incompatibilidade total ou parcial a respeito do objeto -, de ocasionar a eliminação das aspirações dos sujeitos.

A controvérsia jurídica, assim, abarca um “duplo conflito”: o conflito sócio-existencial e o conflito acerca da tutela de tal ou qual interesse (um conflito de interesses cuja tutela jurídica pretende cada um dos sujeitos em posições antagônicas em relação a um objeto). A controvérsia jurídica, a essa luz, consubstancia-se como um concreto conflito social qualificado por uma contenda sobre a tutela que cada um dos sujeitos pretende para sua própria necessidade ou aspiração, tutela essa que, ao recair sobre determinado interesse, confere “razão jurídica” ao sujeito desse interesse, razão jurídica que se reconduz a um juízo valorativo a respeito da preponderância de uma aspiração em conflito com outra, em virtude da aceitabilidade da pretensão sobre a tutela que o interesse há de receber (ou da situação possibilitadora daquilo que permite esse juízo valorativo).

A partir desses pressupostos (em que a *disputatio* é vista como a gênese experiencial do direito - *hoc ius quod sine scripto venit compositum a prudentibus*),⁷ Luis Díes-Picazo delinea três elementos para a inteligibilidade da “idéia” de Direito: a configuração, tipificação e categorização de conflitos sociais; a institucionalização dos órgãos de decisão a respeito de tais conflitos; e a institucionalização dos critérios de decisão a ser utilizados por tais órgãos.⁸ Assim, a tipificação dos conflitos complementa-se com a assunção estável e

⁷ SICHES, Luis Recaséns. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1971. p. 325.

⁸ DÍES-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 1999. p. 18.

obrigatória, por parte da organização social, da função primária de pacificação, a cargo dos órgãos institucionalizados de decisão. A institucionalização dos critérios de decisão, por seu turno, tem o condão de tornar tais critérios cognoscíveis e estáveis, de molde a que se possa atribuir uma função secundária aos órgãos de decisão: compor os conflitos sociais (pacificando-os) por meio de uma solução jurídica aceitável.

A noção de controvérsia jurídica mostra-se, assim, imprescindível para a compreensão de uma experiência especificamente jurídica (que se particulariza em relação à experiência cultural em geral), no sentido de uma:

[...] realidade correlativa à própria normatividade axiológico-materialmente jurídica - a realidade do encontro na interação ou da convivência prática, que se vive em acontecimentos prático-sociais e de que emergem controvérsias e mesmo conflitos a imporem-se juridicamente como casos de histórico-concreta problematidade prática e a exigirem uma solução de validade normativa.⁹

A experiência jurídica, nesses moldes, configura-se como pressuposição (*prius*) e, ao mesmo tempo, como resultado intencional (*posterius*) constituído pela prática da histórico-social realização do direito.

A experiência jurídica (como atividade - pressuposição e resultado) torna compreensível a relação instaurada entre sistema e problema - a normatividade sistematicamente prévia traduz apenas a assimilação intencional (em termos de respostas constituídas) de uma certa experiência feita e é correlativamente limitada por essa experiência: “isto porque a experiência problemática, enquanto também experiência histórica, vem sempre a alargar-se e a aprofundar-se, em termos de exigir novas perguntas (problemas) e outro sentido para as respostas (implicados em novas intenções que, entretanto, e através dos novos problemas, se vão assumindo)”¹⁰.

Segundo Luis Recaséns Siches¹¹:

[...] se trata de averiguar una experiencia especial, que es experiencia, pero diferente de otros tipos de experiencia, la cual opera como factor o como fuente en la génesis y en el desenvolvimiento del Derecho en términos generales, también en la producción de las normas jurídicas de toda especie - genéricas, particulares, e

⁹ NEVES, António Castanheira. Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’: os modelos actualmente alternativos de realização jurisdiccional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 74, 1998, p. 40.

¹⁰ *Ibidem*, p. 37.

¹¹ Luis Recaséns Siches aduz que a experiência jurídica “abarcaria datos inmediatos o directos de una compleja realidad en la cual, por la cual y para la cual se produce y se desenvuelve el Derecho - en todas sus fases, desde la gestación consuetudinária y la legislativa, hasta la individualización jurisdiccional, y también hasta la doctrina, lo mismo la teoria y filosofia jurídicas que la ciencia técnico-dogmática del Derecho”. SICHES, 1971, p. 99.

individualizadas -; y también como estímulo y directriz orientadora en la crítica estimativa y en la filosofía de los valores jurídicos; y asimismo, en la elaboración de la teoría fundamental del Derecho, y de la ciencia técnico-dogmática del mismo.¹²

Antonio-Enrique Pérez Luño, de seu turno, aproxima a noção de experiência jurídica a partir de um exemplo correspondente à rotina habitual de um estudante de direito.¹³ O autor menciona o exemplo do trajeto de ônibus em que o estudante percorre da Universidade até sua casa, tendo o motorista deixado, em certa ocasião, de realizar as paradas regulamentares para o desembarque dos passageiros. O motorista justifica sua conduta como sendo um protesto em face de determinada medida tomada pela empresa transportadora: assim, como “experiência imediata do direito”, os passageiros reclamam por seu direitos, seja, *verbi gratia*, aquele referente ao transporte nas paradas previstas pela linha de ônibus, seja aquele atinente à indenização pelo prejuízo econômico causado pela alteração do trajeto. Com base no exemplo, o jurista suscita dois significados atrelados ao conceito de “experiência jurídica”: “experiência jurídica como experiência de vida social” e “experiência do conflito como estímulo para a consciência da experiência jurídica”.

O estudante de Direito, a partir do episódio, apreende a polaridade de implicações da experiência jurídica: a ambivalência do direito como instrumento de domínio e como instrumento de liberdade (*ubi lex, ibi poena; ubi periculum, ibi lex*). Ao “sentimento” e à “consciência” da experiência jurídica contrapõe-se a imposição do fenômeno jurídico como algo “alheio” ou “externo”, enquanto não imediatamente criado pelas pessoas dele cônscias, e que opera como um limite ao seu livre e espontâneo comportamento (imposição coativa de condutas mediante normas que não dependem de adesão: normas independentes, em relação à sua criação, dos seus destinatários). Assim, Pérez Luño consigna que “si es cierto que: *ce n'est pas la règle qui nous garde, c'est nous qui gardons la règle*, lo es también que nosotros nos custodiamos a nosotros mismos, precisamente al custodiar la regla, que es custodia de la acción”.¹⁴ Por fim, a passagem do “material bruto” da experiência jurídica imediata para as depurações reflexivas permite ao estudante adentrar no âmbito experiencial caracterizado pela correlação entre qualificação técnico-jurídica de fatos e mensuração das respectivas conseqüências jurídicas: as experiências imediatas do direito constituem um dado preliminar

¹² SICHES, 1971, p. 100.

¹³ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 2008. p. 19.

¹⁴ *Ibidem*, p. 25.

para a compreensão e conceitualização do fenômeno jurídico, em que a prática “encontra-se” com a teoria.¹⁵

À base de tais coordenadas, pode-se assentar três níveis à experiência jurídica, a) no nível epistemológico, a experiência jurídica constitui “una invitación a la objetividad - al valor objetivo y concreto de la historia - em la actitud conceptuadora”¹⁶; b) no nível ontológico, situa o problema do direito no âmbito da ação, delimitando sua especificidade em relação com outros setores da experiência; c) no nível deontológico, concebe a ação jurídica em sua relação com a axiologia, entendida como a própria experiência de racionalidade tal como se manifesta nas concretas exigências do viver social.

A experiência especificamente jurídica pode ser visualizada, outrossim, com base na “tramitação”, no seu interior, de um discurso de mediação que promove as diversificações contextuais das pautas impositivas de conduta (no contexto situacional de uma determinada prática argumentativa), pondo a descoberto seus conteúdos ou virtualidades normativas, bem como o alcance de suas eficácias vinculantes. A partir destes pressupostos, João Baptista Machado associa o “*sensus iuridicus*” ao “*consensus iuridicus*” para a compreensão da correlação entre percepção discriminativa de dados e configuração jurídica das situações de fato que caracteriza a experiência do direito: tal associação desempenha no discurso a função da evidência - da evidência que fixa os limites da “discutibilidade” - que determina o ponto a partir do qual qualquer nova argumentação torna-se dispensável e supérflua¹⁷ (universo de sentido do discurso legitimador).

Miguel Reale assinala que a especificação da experiência jurídica decorre da compreensão da normatividade como correlação entre juízos lógico-normativos e suportes ideais de valores jurídicos: como modo de qualificar uma concreta realidade experiencial distinta, com o sentido dos valores que lhe correspondem. Nesse sentido, segundo o jusfilósofo, a norma jurídica pode ser concebida como: a) modelo operacional de uma classe ou tipo de comportamentos possíveis; b) dotada de sentido no conjunto do ordenamento jurídico; c) implicando a qualificação e a obrigatoriedade dos comportamentos que lhe corresponderem; d) em função dos fatos e dos valores que a condicionaram originariamente;

¹⁵ Lourival Vilanova assinala que “a ciência do direito é autoconsciência, em termos de conceitos, do direito vigente: ao mesmo tempo, o direito vigente incorpora a ciência de si mesmo, autocompondo-se num processo dialético intérmino, sem repouso, entre os dois pólos: a experiência jurídica e a teoria dessa experiência”. VILANOVA, Lourival. Fundamentos do Estado de Direito. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 43/44, 1977. p. 77.

¹⁶ ALONSO, Fernando H. Llano. *El formalismo jurídico e teoría experencial del derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009. p. 242.

¹⁷ MACHADO, 2008, p. 313.

e) bem como dos novos fatos e valores emergentes da experiência jurídica. Nesses termos, a norma jurídica envolve o momento futuro de uma ação prospectiva, a partir da qual se mostra necessário distinguir-se: 1) entre o juízo lógico-normativo (o suporte ideal mediante o qual se expressa algo) e o valor expresso pelo juízo: suporte lógico-normativo e valor formam, em seu conjunto unitário, a norma jurídica; 2) entre a validade da norma jurídica, analisada em si mesma, e a sua validade inserida no complexo do sistema.¹⁸

Nesses moldes, cada norma de direito: a) assinala um momento conclusivo, mas em um dado campo, visto achar-se inserida em um processo sempre aberto à superveniência de novos fatos e novas valorações; b) não tem significação em si mesma, ou seja, abstraída da experiência, mas vale na funcionalidade dos momentos que condicionam a sua eficácia; c) envolve uma prévia tomada de posição opcional, quer se trate de um órgão de poder constitucionalmente predisposto à emanção das normas de direito, quer se trate do poder difuso no corpo social (normas jurídicas consuetudinárias); d) não pode ser interpretada e aplicada como simples proposição lógica; sua estrutura lógico-formal consubstancia suporte de significações estimativas, e pressupõe permanente referibilidade ao plano fático; e) é dotada de “peculiar tendência a permanecer válida”, segundo a economia das formas e das estruturas, que é uma das características da experiência jurídica; e f) possui certa elasticidade, capaz de atender, em maior ou menor grau, às variações fático-axiológicas. Quando tal elasticidade torna-se incompatível com as mutações processadas no meio social, impõe-se a revogação ou derrogação da norma por outra mais adequada à estrutura social.¹⁹

O direito compreende-se autonomamente constituído numa experiência a partir da visualização das dimensões ou momentos de tal experiência específica. Embora a experiência jurídica inclua diversas estruturas institucionais com características próprias no modo com que evidenciam a normatividade jurídica, em todas elas se mostram presentes as “dimensões ou momentos sem os quais a experiência jurídica o não seria e o direito também se não constituiria através dela”.²⁰ Conforme Castanheira Neves, sempre há que:

[...] reconhecer que a uma realidade social, com o seu conteúdo histórico-cultural ou intencional e a solicitar problemáticamente uma resposta de direito (*momento material*), é referido um pressuposto fundamento normativo, implicado por uma axiologia específica e a explicitar-se em determinados princípios (*momento de validade*), mediante particulares modos constituintes de uma concreta normatividade (*momento constituinte*) que se objectiva numa vigência normativa (*momento de objectivação*). Vigência normativo-jurídica que mais não é do que o resultado

¹⁸ REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 191.

¹⁹ *Ibidem*, p. 210.

²⁰ NEVES, 1984, p. 181.

normativo-social da síntese dialéctica de todos aqueles momentos, e síntese que é, por uma vez, a própria experiência jurídica.²¹

Nesse contexto, a razão jurídico-dogmática corresponde, segundo Castanheira Neves, à “autoconsciência reflexiva da experiência jurídica”: “cabendo à ciência do direito, porque seria essa justamente a sua função e justificação, o papel de autoconsciência reflexiva dessa experiência, explicitação dos seus momentos constitutivos e de sua específica objetividade”.²² Assim, a dogmática revela-se como um pensamento objetivante “chamado” a racionalizar a experiência jurídica.²³

A razão dogmática como racionalização da experiência do direito pode ser vista em termos de “explicitação racional do implícito constitutivo da experiência jurídica”, contribuindo, assim, “decisivamente, para a formação e criação consciente da sua *praxis* - já que é a consciência dessa *praxis* -: faz parte da experiência e está na experiência”.²⁴

Pode-se perceber que a noção de experiência jurídica, a partir do exposto, ostenta um propósito integracionista no tocante aos enfoques concernentes ao fenômeno jurídico: o enfoque explicativo-social, no que tange à origem do sistema jurídico, tematiza tal sistema como ordem social (instituição social), a partir do qual a determinação da existência e do conteúdo do direito depende da observação de fatos sociais complexos; no que tange à origem das normas jurídicas, este enfoque intenta explicar em termos sociais a gênese e o conteúdo das normas jurídicas concretamente existentes.

O enfoque justificativo-valorativo, em relação à origem do sistema jurídico, problematiza tal sistema como uma ordem justificada, para fins de especificar a obrigatoriedade do direito tendo em vista o lugar do raciocínio jurídico no âmbito do raciocínio prático em geral; no que concerne à origem das normas jurídicas, tal enfoque aborda a justificação valorativa do conteúdo de normas jurídicas concretas, como enunciados

²¹ NEVES, 1984, p. 181.

²² NEVES, Antonio Castanheira. *Questão-de-facto-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967. p. 918.

²³ “A experiência jurídica apresenta uma multiplicidade quantitativamente indeterminada, e qualitativamente heterogênea de regras de comportamento. Procedem de fontes várias, têm conteúdo os mais diversificados, espécies e graus diferentes - costumes, leis, regulamentos, estatutos, etc. - vertidos oralmente ou por escrito, sem uniformidade morfológico-gramatical, e tudo nem sempre aglutinado consistentemente, mas atropelando-se em conflitos contraditórios, sem ainda convergirem para um ponto-origem e adquirirem a forma-de-sistema. O conhecimento científico-dogmático sobrevém e põe ordem (conceptual) nessa ‘multiplicidade heterogênea’, delinea conceitos e afasta o jurídico do não-jurídico, demarca o universo de normas, retendo as características definientes das normas que são jurídicas”. VILANOVA, Lourival. Norma jurídica-proposição jurídica (significação semiótica). *Revista de direito público*, São Paulo, n. 61, 1982. p. 61.

²⁴ NEVES, 1967, p. 920.

dotados de sentido e orientados à promoção e à proteção de determinados bens ou estados de coisas considerados valiosos.

O enfoque sistemático-formal, por sua vez, perspectiva o sistema jurídico, no que tange à sua origem, como sistema autônomo; em relação à origem das normas jurídicas, este enfoque aborda o regime jurídico de uma instituição específica: a criação das normas jurídicas e seus respectivos critérios de reconhecimento.

Revela-se essencial, em termos de experiência jurídica, pôr em conexão as normas jurídicas com os processos pelos quais elas identificam-se como um produto: essa conexão possibilita a compreensão prospectiva do conteúdo das fontes do direito em termos de modelos (“modelagem” da experiência jurídica). Tal conexão mostra que o fenômeno jurídico apresenta três dimensões, correlacionadas com os momentos apontados, da experiência do direito.

A dimensão de poder (ou constitutiva) enfoca o fenômeno jurídico, na experiência, como um conjunto de normas de competência ou um conjunto de autoridades jurídicas (pessoas designadas pelas normas de competência com o poder normativo de criação de resultados institucionais ou modificações no sistema jurídico). Essa dimensão jurídico-experiencial exige um critério de unificação autoritativa: a hierarquia de autoridades a partir da noção de delegação (o poder normativo de cada autoridade delegada é menor do que o da autoridade delegante, até redundar no poder normativo de uma autoridade suprema). A unidade da estrutura de autoridades consubstancia uma ordem que pretende obter e/ou provocar a submissão dos indivíduos pela sujeição à soberania.

A dimensão diretiva do fenômeno jurídico (guia da conduta) diz respeito ao conjunto de normas regulativas ou conjunto de deveres jurídicos. Tal dimensão exige como critério unificador a hierarquia normativa (as normas inferiores não podem desrespeitar as superiores). A estrutura de normas regulativas redundando em uma norma suprema cuja validade e aplicabilidade independe de sua consistência com outra norma. A unidade da estrutura de normas regulativas consubstancia uma ordem que pretende obter e/ou provocar a conformidade das condutas a partir da noção de dever jurídico (comportamento dos destinatários da maneira normativamente prescrita ou em determinada direção) a partir da consistência ou compatibilidade normativa.

A dimensão valorativa do fenômeno jurídico (justificação da conduta), por seu turno, diz respeito ao conjunto de valores, bens jurídicos ou estados de coisas valiosos que merecem ser protegidos e/ou promovidos: a experiência jurídica inclui a justificação e a valoração de normas, ações e decisões enquanto “contribuintes” à promoção e à proteção de bens jurídicos

e estados de coisas valiosos. Tal dimensão exige como critério unificador a hierarquia axiológica (que se resolve em coerência valorativa), de molde a “desnivelar” os bens jurídicos, em sua multiplicidade (até culminar em valores “últimos”), quando as ocasiões juridicamente relevantes exigirem a valoração pertinente. A unidade prática que conforma o conjunto de valores ou bens jurídicos consubstancia uma ordem que pretende obter e/ou provocar aceitação a partir da coerência valorativa: as condutas tidas por corretas, aceitáveis ou justificadas são aquelas respeitosas ou promovedoras dos bens jurídicos ou dos estados de coisas valiosos.

À luz das três dimensões assinaladas, Josep Aguiló Regla alude à dissociação entre “teoria jurídica do participante” (“participar” para “construir” - direito como prática argumentativa) e “teoria jurídica do observador” (“observar” para “descrever” - direito como sistema): para a primeira, a nota de socialidade do direito reduz-se à nota de normatividade pela via da participação; para a segunda, a nota de normatividade do direito “dissolve-se” na nota de socialidade (via da observação).²⁵ Assim, a teoria jurídica do participante caracteriza-se por: a) gerar um discurso justificativo; b) considerar a socialidade do direito como a concorrência ou convergência de crenças e atitudes normativas (reduzindo assim a socialidade na normatividade); c) conceber o teórico como um participante na prática social em que consiste o direito; e d) focar o fenômeno jurídico com base na convergência do reconhecimento de determinados bens e valores jurídicos “últimos”. A teoria jurídica do observador, por sua vez, caracteriza-se por: a) gerar um discurso descritivo; b) considerar a normatividade do direito como um critério para determinar a convenção social em que consiste o direito (dissolvendo assim a normatividade na socialidade); c) conceber o teórico do direito como um observador cujo objetivo é descrever tal convenção social; e d) focar o fenômeno jurídico com base na convergência do reconhecimento da legitimidade das autoridades jurídicas “últimas”. Essa dissociação, decorrente daquela atinente às dimensões do fenômeno jurídico, subjaz à análise da função social da dogmática.

²⁵ REGLA, Josep Aguiló. *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel, 2000. p. 191.

1.2 INCIDÊNCIA E CAUSALIDADE JURÍDICA

O que caracteriza a experiência especificamente jurídica é a incidência das normas jurídicas e, de conseguinte, a causalidade jurídica²⁶ (como relação lógico-implicacional e imputacional), formulável nos seguintes termos: “não há efeito jurídico sem fato jurídico”²⁷ (“eficácia jurídica constitui decorrência específica e exclusiva de fato jurídico”)²⁸. Tal proposição, assim, reflete a concepção de que efeitos jurídicos somente podem decorrer de fatos jurídicos; ela envolve, a rigor, dois nexos implicacionais: a incidência da norma jurídica como causa do fato jurídico (juridicização do suporte fático da norma) e o fato jurídico como causa do efeito jurídico. Quanto ao primeiro nexo de determinação causal, seu sentido é o de que preenchido os elementos do suporte fático da norma jurídica, ela incide inevitável ou infalivelmente (tornando o suporte fático em fato jurídico). Quanto ao segundo nexo, seu sentido é o de que somente fato jurídico causa efeito jurídico; entretanto, nem sempre da juridicização do suporte fático decorre a irradiação de efeitos jurídicos (a infalibilidade é da incidência sobre seu suporte fático, e não da irradiação eficaz do fato jurídico, irradiação que pode vir a não ocorrer, como no caso dos testamentos, negócios jurídicos sob condição suspensiva e negócios jurídicos nulos, por exemplo).

Nesse sentido, há uma relação contingente na realização da hipótese de incidência (a hipótese pode ou não se concretizar no mundo dos fatos), bem como no efetivo cumprimento do dever ou no efetivo exercício do direito, após a irradiação eficaz (o sujeito a que recai o dever pode ou não cumpri-lo, descumprimento que renderá ensejo ao preenchimento do suporte fático de outras normas, assim como o titular do direito pode ou não exercê-lo). A relação entre fato jurídico e eficácia jurídica, por sua vez, não é necessária: pode haver fato jurídico sem que decorra efeito jurídico; o que não há é eficácia jurídica que não seja decorrência de fato jurídico.

²⁶ A eficácia jurídica pressupõe a incidência prévia das normas, e a incidência “não é categoria de direito positivo, senão puro fenômeno; mostra-se insusceptível de apropriação por uma província especializada do jurídico, como se fora privativa dela”. BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 26. Significa dizer, “a apreensão conceitual da incidência tampouco pode ser obtida a partir das ciências jurídico-positivas especializadas (dogmática jurídica). Essas províncias do conhecimento jurídico já operam com uma pré-compreensão da incidência” (enquanto fator de imputabilidade jurídica). *Ibidem*, p. 23.

²⁷ NEVES, Marcelo. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 84, p. ??-??, 1984. p. 276.

²⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 2. “Portanto, com absoluto rigor científico, deve-se enunciar que o fato jurídico é que constitui a fonte única da eficácia jurídica”. *Ibidem*, p. 223.

O conceito de incidência é o pressuposto essencial à relação de causalidade jurídica: “a incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico”.²⁹ É a partir de tal conceito que se torna possível a compreensão do fenômeno jurídico em seus momentos interdependentes: (a) a definição pela norma jurídica da hipótese de incidência; (b) a concreção desta hipótese no mundo dos fatos; (c) sua conseqüente juridicização por força da incidência da norma e sua entrada como fato jurídico no plano da existência do mundo do direito; (d) a passagem dos fatos jurídicos lícitos, fundados na vontade humana (ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico), pelo plano da validade, onde se verificará se são válidos, nulos ou anuláveis; (e) a chegada do fato jurídico ao plano da eficácia onde nascem as situações jurídicas, simples ou complexas (relações jurídicas), os direitos e os deveres, pretensões e obrigações, ações e situações de acionado, exceções e situações de exceptuados, as sanções, os ônus e demais conseqüências que constituem o conteúdo eficaz específico de cada fato jurídico.

A incidência³⁰ encontra-se no plano lógico, particularidade crucial à compreensão da experiência jurídica (como conjunto dos fatos jurídicos). Nesses moldes, “em decorrência de seu caráter lógico, a incidência apanha o fato, o faz jurídico, sem, contudo, excluí-lo do mundo em geral ou alterá-lo em sua substância. Assim é que o mesmo fato pode entrar várias vezes no mundo jurídico, compondo *n* suportes fáticos, simultaneamente ou não”.³¹ A partir da aludida característica da logicidade, Pontes de Miranda delineou os três planos do mundo jurídico: plano da existência, plano da validade e plano da eficácia, cuja elucidação conceitual torna possível a análise das vicissitudes por que podem passar os fatos jurídicos.³² O fato jurídico pode: (a) existir, ser válido e eficaz; (b) existir, ser válido e ineficaz; (c) existir, ser

²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 77.

³⁰ Segundo Bernardes de Mello, a incidência jurídica tem como conseqüências, além da juridicização como seu efeito fundamental: a) a exclusão prévia da juridicização de fato jurídico, desfalcando o seu suporte fático (pré-exclusão de juridicidade); b) a nulificação ou anulação de ato jurídico (invalidação); c) a eliminação da eficácia já produzida por fato jurídico ou o encobrimento de sua força eficaz (deseficacização); e d) tornar ato jurídico passível de ser desjuridicizado, ou seja, possibilitar que ato jurídico seja excluído do mundo jurídico onde está, retornando ao mundo fático (desjuridicização).

³¹ Marcos Bernardes de Mello assinala o jurista que “o mundo jurídico, criado pela incidência das normas jurídicas sobre seus suportes fáticos concretizados no mundo dos fatos, é integrado, exclusivamente, por fatos jurídicos e constitui o domínio próprio da juridicidade. Fora dele, não se pode falar em fato jurídico, em validade jurídica, eficácia jurídica ou qualquer categoria relacionada ao direito. A própria norma jurídica que o delimita, por sua previsão, e o constitui, por sua incidência, o integra como fato jurídico”. MELLO, 2004, p. 221.

³² No plano da existência entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos, válidos, anuláveis ou nulos (o ato jurídico *lato sensu* nulo ou anulável existe, apenas defeituosamente) e ineficazes; pelo plano da validade somente têm passagem os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, por serem os únicos sujeitos à apreciação da validade; no plano da eficácia são admitidos e podem produzir efeitos todos os fatos jurídicos *lato sensu*, inclusive os anuláveis e os ilícitos (e os nulos, quando a lei, expressamente, lhes atribui algum efeito).

inválido e eficaz; (d) existir, ser inválido e ineficaz; (d) existir e ser eficaz, simplesmente (sem perquirição acerca da validade); e (e) excepcionalmente, existir e ser ineficaz (também sem passagem pelo plano da validade).

A análise do fenômeno jurídico não pode prescindir, portanto, dos conceitos de incidência e de causalidade jurídica, pressupostos da experiência especificamente jurídica, que é o “universo do discurso” para a formulação de enunciados descritivos e prescritivos; “universo do discurso”, portanto, para a formulação de modelos dogmáticos. A causalidade jurídica leva em consideração: (a) a existência da norma jurídica que delimita o mundo jurídico, ao definir, abstratamente, os fatos jurídicos e imputar-lhes a eficácia jurídica própria; (b) sua vigência, sem a qual não tem força vinculativa; (c) sua incidência sobre o seu suporte fático quando concretizado no mundo da realidade empírica, criando o fato jurídico; (d) as vicissitudes, sob o aspecto da validade, a que os fatos jurídicos estão sujeitos e, (e) a presença dos fatos jurídicos no plano da eficácia, onde, se estiverem aptos, poderão irradiar a eficácia jurídica que lhes correspondem.

A compreensão da natureza lógica da incidência jurídica³³ mostra-se extremamente importante para a análise acerca dos planos do ordenamento jurídico (direito material e direito processual), uma vez que a partir dela pode ser feita a correta distinção entre incidência e aplicação judicial do direito, à luz do fato de que da falibilidade humana decorre que nem sempre a aplicação da norma jurídica atende à sua incidência. Assim, a inafastabilidade da incidência pela conduta humana contrária - salvo quando permitida - tem como resultado considerar-se contrárias ao direito as atitudes que tornem incoincidentes a aplicação e a incidência. A partir disso, infere-se que o fato jurídico não consubstancia um objeto puramente ideal, tampouco um objeto simplesmente real: o fato jurídico é composto do suporte fático, que é o seu substrato, mais o sentido ou significado que a este atribui a norma jurídica incidente. Nesses moldes, o suporte fático é o seu componente real, existencial; a norma jurídica incidente confere-lhe o componente ideal (o sentido ou significado jurídico). E, mesmo quando o suporte fático é composto de outro fato jurídico, este incorpora ao novo fato jurídico o seu substrato real. Nesses moldes, pode-se assentar que:

³³ Importa destacar que a possibilidade de incidir somente deixa de existir quando a norma jurídica perde a sua vigência. Assim, enquanto vigente é inesgotável a incidência da norma. A inesgotabilidade da incidência, desse modo, significa que, sempre que o suporte fático da norma se tornar concreto e suficiente, ela incidirá. A incidência tem como pressupostos, portanto: a) a vigência da norma jurídica, e b) a concreção do suporte fático suficiente. Vigência, nesses termos, conceitua-se como a possibilidade de a norma incidir (aptidão lógica de incidir sobre seu suporte fático suficiente).

(TEJ): A experiência jurídica é a experiência formada pelo conjunto dos fatos jurídicos, que são os fatos decorrentes da incidência das normas jurídicas que lhes correspondem.

Nesse contexto, a dogmática jurídica vale-se da categoria da causalidade normativamente estabelecida, como demarcação epistemológica e metodológica: sem hipótese de incidência, e sem resultados eficazes deonticamente configurados, nem o fato-causa (hipótese) nem o fato-efeito (preceito) entram em consideração. Assim, no esquema lógico da causalidade jurídica, o efeito jurídico é deonticamente vinculado à causa (fato jurídico). A razão dogmática, nesses moldes, atua no interior da cadeia da causalidade jurídica (que tem um ponto-limite) - configuradora da experiência do direito -, cujo nexos de determinação normativa requer norma *N*, fato *F* e eficácia (efeitos) *E*. Segundo Lourival Vilanova, a causalidade que o sistema jurídico estabelece é uma relação deonticamente firmada: a eficácia não segue sempre o fato jurídico; mas, dentro do sistema, dado o fato jurídico, deve ser o seu efeito.³⁴ Esse ponto mostra-se crucial³⁵ para a compreensão acerca da “função de auxílio” à aplicação prática do direito atribuída aos modelos dogmáticos, que levam em consideração a conexidade de meios e fins (e nas opções valorativas ante possíveis fins a atingir), e sem causalidade (entre fim e meio) torna-se inexplicável como o meio *M* leva(ria) ao fim *F*, e não ao *F'* ou ao *F''*.

Nesse sentido, a causalidade jurídica consubstancia pressuposto crucial à reconstrução dogmático-conceitual da experiência (mediante o “isolamento” de “séries” causais). O esquema jurídico-causal é o que possibilita o juízo cognitivo acerca da atualidade da consequência jurídica: se se mostram presentes os elementos suficientes do suporte fático da norma jurídica (como condições da irradiação do dever ser correspondente à consequência jurídica) verifica-se a atualidade (juízo de existência) do efeito jurídico e, portanto, a possibilidade de atribuição de valores de verdade ao enunciado correspondente. Em outros termos: a presença dos elementos de suficiência do suporte fático é a base em que se funda o juízo cognitivo sobre a atualidade da consequência jurídica.

José Souto Maior Borges aduz que a incidência estabelece a correlação lógica e dogmática entre a norma de conduta e a conduta normada, ou seja, entre a previsão abstrata da hipótese normativa e a conduta humana existencial e concreta, aqui e agora: “essa correlação se efetiva (a) quer pela simples observância de norma que incidiu; observância que consiste

³⁴ VILANOVA, 2000, p. 61. Assinala o autor que “na lei de causalidade jurídica há seqüências regulares, iterativas, cuja expressão lógica é a implicação formal (que leva em conta a conexidade de conotação entre H e C)”. Ibidem, p. 94.

³⁵ A incidência jurídica consubstancia conceito condicionante do conhecimento dogmático.

em cumprimento da preceituação normativa, (b) quer pela aplicação oficial de normas (ato legislativo, executivo, jurisdicional)".³⁶ Assim, "a norma tem na incidência sua própria intencionalidade modalizada deonticamente: deve ser, a conduta normada, obrigatória, autorizada ou proibida".³⁷ Por isso que a causalidade jurídica só se manifesta a partir da incidência, fenômeno lógico e apreensível apenas pelos conceitos com que a teoria jurídica descreve as normas, a partir de critérios analíticos de descrição, que se encontram em um plano distinto daquele atinente ao modo em que se produz o objeto da descrição. A causalidade jurídica não apresenta, pois, dependência conceitual em relação ao reconhecimento *in concreto* da relação de imputação eficaz por ela instaurada. Esse ponto é da maior relevância: não há como conceber a função básica do direito (servir de guia de conduta dos destinatários de suas normas) tornando a incidência conceitualmente dependente dos atos autoritativamente aplicativos das normas jurídicas, porque isso "seria misturar os campos do essencial (incidência) e acidental (aplicação)".³⁸

A causalidade jurídica, outrossim, está associada à noção de "fontes do direito".³⁹ Isso porque os fatos jurídicos podem ser visualizados como resultados institucionais identificados mediante *nomen iuris*, que servem para conectar um antecedente com um conseqüente, a partir das normas que conferem poder ou competência. À relação de causalidade jurídica, assim, subjaz a noção de que o direito estabelece as condições que dão lugar à constituição de resultados institucionais, ou seja, os suportes fáticos cujo preenchimento rende ensejo à constituição de instituições jurídicas em conexão com as conseqüências jurídicas que delas se irradiam.

Essa conexão de antecedentes e consequentes significa que o resultado institucional passa a ser elemento do antecedente de outro resultado institucional identificado por um *nomen iuris* e este, por seu turno, forma parte do antecedente de outro resultado institucional,

³⁶ BORGES, 2009, p. 23.

³⁷ Ibidem, p. 32. Assinala o jurista: "a incidência normativa é uma categoria lógica, não é fenômeno físico, nem psíquico e muito menos extraído da conduta humana normada. Ela é, porém, suscetível de apreensão intelectual, fundamental para a descoberta desses objetos ideais, as normas, entidades abstratas, que, sem a sua vinculação à conduta existencial normada, não estariam no espaço-tempo". Ibidem, p. 32.

³⁸ BORGES, 2009, p. 32. Aduz o autor que "em qualquer campo do direito, a incidência formalmente é uma só. Aí onde se alojem as normas jurídicas está o incidir como um atributo sem o qual a própria norma jurídica se descaracterizaria, pela sua inefetividade". Ibidem, p. 26.

³⁹ A correlação entre causalidade jurídica e fontes do direito tem como ponto focal a distinção entre fatos jurídicos normativos (aqueles que criam normas jurídicas gerais ou individuais) e fatos jurídicos não-normativos (que não as criam). Assim, "dentre os fatos jurídicos criadores de normas jurídicas gerais, destacam-se o ato legislativo e o costume jurídico. O ato legislativo resulta da incidência das normas constitucionais. Estas prescrevem o procedimento de elaboração das normas legais e, em regra, determina parcialmente - direta ou indiretamente - o seu conteúdo. A norma geral (lei) criada pelo ato legislativo pode ter vigência (incidibilidade) imediata (a partir da data da publicação) ou diferida (há o período da *vacatio legis*)". NEVES, 1984, p. 282.

e assim sucessivamente, permitindo a visualização das cadeias de antecedentes e consequentes até um ponto-limite em que um fato-causa mostra-se exclusivamente como antecedente e, noutro extremo, um fato-efeito que não se mostra mais como antecedente de outro consequente na cadeia de constituição de resultados institucionais.

Essa visualização das cadeias de implicação depende, outrossim, da distinção, anteriormente aludida, entre a dimensão jurídico-regulativa (guia da conduta) e a dimensão jurídico-constitutiva (criação de resultados institucionais) da experiência jurídica. A primeira dimensão compõe-se das normas que regulam a conduta mediante o estabelecimento de obrigações, proibições e permissões (fórmula canônica básica: “dado o estado de coisas X, então o sujeito Z deve realizar a ação Y”); a segunda dimensão compõe-se, por sua vez, de normas constitutivas que determinam como se constituem ou produzem resultados institucionais ou modificações normativas (fórmula canônica das regras que conferem poder: “dado o estado de coisas X e o sujeito Z realiza a ação Y, então se produz o resultado institucional R”, ou fórmula canônica das regras puramente constitutivas: “dado o estado de coisas X, produz-se o resultado institucional R - modificação normativa”).

Assim, a causalidade jurídica, como representação conceitual da correlação entre fato jurídico e eficácia jurídica, envolve a distinção entre as categorias normativas e, para o presente contexto, importa assinalar a distinção entre as normas regulativas e as normas constitutivas e, dentro destas, as regras que conferem poder e as regras puramente constitutivas. As regras que conferem poder conectam a produção de um resultado institucional (com adscrição de um *nomen iuris*) à existência de um determinado estado de coisas conjuntamente com a realização, por parte de um sujeito, de uma ou várias ações orientadas à produção de tal resultado. Significa dizer: são regras que estabelecem “o que se deve fazer” para produzir intencionalmente resultados institucionais (que podem ser modificações normativas). As regras que conferem poder são normas constitutivas porque criam a possibilidade de produzir o resultado institucional. As regras puramente constitutivas, por seu turno, estabelecem que, dado um determinado estado de coisas, produz-se um determinado resultado institucional ou modificação normativa. O caráter constitutivo de tais regras advém do fato de que elas criam a possibilidade de que se dê esse resultado institucional.

A especificação das normas constitutivas, diante do exposto, permite a visualização de determinados fatos jurídicos como resultados institucionais: os atos jurídicos pressupõem uma regra que confere poderes, ou seja, uma regra que indica que se determinado sujeito realiza determinadas ações, então consegue produzir determinado resultado institucional. Esse

resultado institucional, por sua vez, pode passar a formar parte do antecedente de outras normas, sejam constitutivas, sejam regulativas. Assim, por exemplo, o resultado institucional “contrato de compra-e-venda” consubstancia o antecedente do dever de entrega da coisa; este dever não existe sem a produção daquele resultado. Nesses moldes, as regras que conferem poderes e os fatos jurídicos revelam a relação existente entre o constitutivo e o constituído.

As regras puramente constitutivas permitem dar conta dos fatos jurídicos cujos suportes fáticos podem incluir a descrição de estado de coisas com referências a ações intencionais ou atividades; entretanto, nessa modalidade de regras, o resultado institucional produz-se com independência do “querer” do sujeito que atuou intencionalmente. Assim, a descrição do estado de coisas, contida na hipótese de incidência de uma regra puramente constitutiva, pode incluir referência a uma conduta intencional do sujeito, porém tal intencionalidade volitiva não se mostra relevante, porquanto não se requer que o sujeito tenha a intenção de produzir o resultado institucional, ao contrário das regras que conferem poder, em que se mostra relevante a presença, no antecedente da norma, da intenção volitiva de produzir determinado resultado institucional.

A partir disso, torna-se possível constatar que um mesmo suporte fático ou estado de coisas pode ser tratado distintamente por diferentes normas jurídicas, cujas respectivas incidências rendem ensejo à constituição de um fato jurídico em que a vontade não se mostra relevante ou de um fato jurídico em que a intenção volitiva mostra-se relevante, ambas as modalidades de fatos jurídicos compreendidos como resultados institucionais. Assim, o resultado institucional “contrato de compra-e-venda” somente se produz como consequência da utilização intencional, por parte de certos sujeitos, de uma regra que lhes confere poder. Essas mesmas ações, componentes da hipótese de incidência da norma mencionada, podem ser tratadas no âmbito do suporte fático de uma norma tributária, por exemplo. O resultado institucional correspondente ao fato jurídico de determinado tributo produz-se com independência do “querer” dos sujeitos que intencionalmente deram lugar ao resultado institucional “contrato de compra-e-venda”. Esse resultado, como negócio jurídico, pode ser explicado em termos de declaração intencional de vontade, ao contrário do resultado institucional correspondente ao fato jurídico tributário, que não pode ser explicado, à luz da conexão com a eficácia jurídico-tributária que desse fato jurídico se irradia, em termos de exteriorização consciente de vontade como cerne do suporte fático. Isso corrobora o que foi exposto a respeito da causalidade jurídica como pressuposto à representação conceitual da experiência jurídica: que algo seja um fato jurídico (em suas distintas modalidades) não depende somente da experiência em geral (e da circunstância de que concorram ou não ações

intencionais); depende do direito visto como sistema institucional, que constitui os suportes fáticos de suas normas jurídicas em fatos jurídicos, de forma conceitualmente independente das decisões das autoridades normativas.

Nesse contexto, as reconstruções conceituais dos materiais normativos devem respeitar as estruturas que servem de padrões do discurso jurídico, e que estão funcionalmente orientados no âmbito da experiência jurídica. Com isso se quer dizer que a causalidade jurídica fornece as bases sobre as quais se assentam os critérios de objetividade - e, portanto, da possibilidade de atribuição de valores de verdade - aos enunciados jurídico-descritivos. Por aí se vê porque a incidência jurídica mostra-se essencial à análise da função social da processualística, a partir da distinção e interdependência entre os planos do ordenamento jurídico.

A importância do conceito de incidência jurídica - e esse ponto é da maior importância, repise-se - decorre de sua independência em relação à aplicação judicial do direito. Um dos modos de evidenciar tal independência é mostrando o equívoco contido na tese da “imprescindibilidade de decisão interpretativa para conectar um caso genérico com um caso individual”, que corresponde à idéia de que sempre é necessária uma decisão interpretativa de autoridade normativa para fins de identificar e determinar, em face de sujeitos individualizados, os efeitos jurídicos correspondentes ao preceito de uma norma jurídica. Importa destacar, no contexto, que a assimilação entre incidência e aplicação autoritativa das normas jurídicas⁴⁰ ostenta o condão de, a um só tempo, impedir a visualização da ordem jurídica em dois planos (plano do direito material e plano do direito processual), bem como retirar a nota distintiva da normatividade do direito.

Como se sabe, uma das características centrais da ordem jurídica é a existência de autoridades que objetivam motivar o comportamento dos destinatários das normas, notadamente por meio de normas gerais. Assim, o papel central que as normas gerais cumprem a respeito da motivação daqueles a quem elas se dirigem vincula-se à circunstância

⁴⁰ No sentido do texto, assinala Marcos Bernardes de Mello: “aplicar o direito é tornar efetivas a vigência e a incidência das normas jurídicas, tão-somente, jamais constitui ato necessário à efetivação da incidência, porque, em razão de sua incondicionalidade, esta se dá independentemente de qualquer ato humano, seja de quem for, juiz ou qualquer outra autoridade, salvo quando esse ato estiver previsto como elemento do suporte fático. A afirmativa de que a incidência é ato da autoridade competente (juiz e outras autoridades públicas), após criar e aplicar a norma, encerra um insuperável equívoco simplesmente porque: (a) se não é através da incidência que os fatos se tornam jurídicos e, portanto, vinculados à disposição normativa, sendo, então, pressuposto para a aplicação da norma, para que serviria a incidência? (b) Do mesmo modo, se a incidência depende da aplicação, pois lhe seria posterior, por que falar em incidência? Depois de aplicada a norma, para que fazê-la incidir? Só por isso (sem querer aqui discutir a questão da criação da norma), vê-se que essa concepção da incidência desfigura-a completamente, transforma-a em algo de absoluta inutilidade, mero ornamento intelectual, sem qualquer função no desenvolvimento do fenômeno jurídico”. MELLO, 2008, p. 88.

de fornecerem as pautas pelas quais tais destinatários podem avaliar juridicamente seu comportamento. As normas gerais, portanto, encontram sua razão de ser na desnecessidade de que seus destinatários recorram novamente às autoridades normativas para a avaliação a respeito da qualificação jurídica de determinada ação ou situação. Entretanto, e em contraponto a isso, a tese da “imprescindibilidade de decisão interpretativa para conectar um caso genérico com um caso individual” sustenta a necessidade de uma decisão autoritativa intermediária entre a hipótese de incidência e o fato jurídico.

Conforme a concepção aludida, as normas não ostentam aptidão de “incidir por si mesmas” em virtude da necessidade de uma decisão interpretativa que resolva acerca da aplicabilidade da norma. Significa dizer: do fato de que os juízes interpretam as normas gerais para decidir sobre os casos judiciais conclui-se que a decisão interpretativa é sempre necessária tanto para identificar as normas que expressam os textos promulgados pelas autoridades normativas, como para determinar o alcance de uma norma geral. Nesses moldes, sempre haveria um “halo conceitual” entre os suportes fáticos e os fatos jurídicos.

A propósito, impende destacar, primeiramente, que as normas são formuladas em linguagem compartilhada pelas autoridades e pelos destinatários já que, não fosse assim, as normas não poderiam funcionar como motivação das condutas. Assim, se as normas ostentam capacidade de motivar condutas é porque os destinatários têm aptidão para saber o significado das palavras utilizadas pelas autoridades emissoras de tais normas; do contrário, negar-se-ia a função de guia de condutas do direito. Aqui se percebe a importância da manutenção da independência conceitual da incidência jurídica: com efeito, quem nega tal independência conceitual compromete-se com um modelo de interpretação jurídica fundado na tese de que as palavras carecem de significado até que determinada autoridade normativa tome uma decisão interpretativa. Essa tese cética pressupõe uma premissa insustentável, qual seja, a concepção das palavras não como portadoras relativamente acontextuais de significados, senão como meras “molduras” vazias a que simplesmente o aplicador “atribui” significado em cada uma de suas ocasiões concretas de uso.

Assim, a concepção que nega autonomia conceitual à incidência jurídica - em relação à aplicação autoritativa do direito - acaba negando o próprio caráter normativo do direito, porquanto nega que tais normas juridicizem seus respectivos suportes fáticos de modo independente e incondicional em relação às decisões interpretativas das autoridades. Ora, e como se expôs, o vínculo existente entre suporte fático e preceito é de condição necessária e suficiente, ou seja, o preenchimento do suporte fático constante do antecedente da norma determina a qualificação jurídica da ação ou estado de coisas descrito no consequente

normativo. Tal particularidade decorre da inserção da incidência jurídica no plano lógico-conceitual.

Portanto, impende não confundir conceitualmente o plano da incidência jurídica com o plano da aplicação judicial do direito: o primeiro diz com a relação de implicação entre fatos jurídicos e eficácia jurídica; o segundo, por seu turno, diz com a justificação de decisões institucionais. Em outros termos: a incidência de uma norma no seu suporte fático é uma questão lógico-conceitual; a aplicação de uma norma no âmbito do processo de justificação da solução de um caso judicial é uma questão institucional. Sem essa distinção não há como conceber a separação do ordenamento jurídico entre dois planos (direito material e direito processual).⁴¹

Nesse contexto, impende consignar, dada a sua pertinência, a distinção entre incidibilidade e aplicabilidade das normas jurídicas. Por exemplo: uma norma revogada (e não mais incidível, portanto) pode, apesar disso, ser aplicável ao tempo em que o juiz deva proferir sua decisão a respeito de um caso; trata-se da irreversibilidade da incidência. Consoante Souto Maior:

[...] a norma só cessa de incidir quando revogada. Mas a norma revogada é aplicável posteriormente à revogação, porque a sua incidência sobre as situações de vida que regulou, antes de sua revogação, é irreversível. Essa fenomenologia demonstra, com rara clareza, que a incidência da norma e sua aplicação são distintas. Norma revogada não incide mais. Porém incidiu, irreversivelmente, sobre situações de fato anteriores à sua revogação. É por isso aplicável, depois de revogada, a essas situações de fato que se consumaram antes de sua revogação. Mas a norma revogadora extingue a validade da norma revogada.⁴²

Nada impede, ainda, que determinada norma seja promulgada com vigência e incidência imediatas, mas estabelecendo que os órgãos responsáveis somente a poderão aplicar dentro de certo prazo.

Qualquer assimilação entre incidência e aplicação, destarte, retira o aparato conceitual imprescindível à explicação da normatividade do direito, haja vista que a normatividade

⁴¹ Adriano Soares da Costa assinala, corretamente, que “quando se fala em prova de um determinado fato se está a tratar do plano da aplicação, e não mais da incidência, que ocorre no mundo do pensamento. (...) A incidência nada tem com o conhecimento ou prova da ocorrência do fato jurídico”. COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 53.

⁴² *Ibidem*, p. 46. No mesmo sentido, Pontes de Miranda: “a lei incide no momento em que se tem criar a relação jurídica ou a situação jurídica; a lei é aplicada quando incidiu, se ao fim se chegou normalmente, ou quando a parte, que a deixara de respeitar, passou a respeitá-la, ou quando o juiz, mediante aquela prestação jurisdicional, a que aludimos, a aplica. É por isso que, se uma lei foi revogada depois de haver incidido, ainda os juízes, nas sentenças, a têm de aplicar”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1970. p. 271.

especificamente jurídica define-se a partir do conceito de aplicabilidade das normas, e o modo de dar à norma:

[...] a sua mais completa relevância consiste justamente em declará-la aplicável, apreciando por ela as situações que caem no seu âmbito de eficácia. A isto acresce que esta solução é também a que melhor corresponde à expectativa natural dos indivíduos, expectativa essa que é uma pedra angular em toda a experiência jurídica.⁴³

Nesse sentido:

[...] é preciso reconhecer: primeiro, que certos actos e factos são desde logo impregnados pelo direito sob cujo domínio de vigência se verificaram, que, tendo os juízos e a experiência dos indivíduos e dos grupos um nexo cronológico-espacial, também as respectivas condutas, expectativas e planos de vida têm esse mesmo nexo cronológico-espacial; segundo, que, constituindo as situações jurídicas muitas vezes entidades orgânicas duradouras, é preciso velar pela conservação, continuidade e unidade das mesmas situações jurídicas, pois doutro modo os próprios quadros da experiência jurídica seriam perturbados, originando-se com isso uma desorientação geral.⁴⁴

Outrossim, sem a distinção entre incidência e aplicação não há como explicar a circunstância de que pode recair, a determinado aplicador do direito, o dever de reconhecer os efeitos jurídicos decorrentes da incidência de uma norma nem sequer pertencente ao sistema jurídico a que ele está submetido, norma cuja aplicabilidade, ademais, não a torna pertencente ao sistema, assim como ela não se tornará a ele pertencente mesmo após sua aplicação pela autoridade normativa. Assim, o aplicador pode vir a aplicar uma norma de direito estrangeiro, caso ela preencha os critérios de aplicabilidade fornecidos pelo direito dos conflitos. Igualmente em relação ao direito intertemporal: somente a partir da distinção entre incidência e aplicação tem sentido a noção de situações jurídicas preexistentes e de direitos adquiridos (e, conseqüentemente, o conceito de segurança jurídica).

Nesse contexto, da caracterização da experiência jurídica mediante os conceitos de incidência e causalidade jurídica depende, ademais, a possibilidade conceitual da caracterização de erro na aplicação judicial do direito⁴⁵ e, por conseguinte, da própria ideia da

⁴³ MACHADO, 2008, p. 11.

⁴⁴ Ibidem, p. 23.

⁴⁵ “Sempre que incide e não é aplicada, existe violação da norma, nunca falha da incidência. Por essa razão é que se justifica a rescindibilidade das decisões civis (CPC, art. 485, V a IX), e a revisibilidade da sentença penal (CPP, art. 621, I a III) contra direito expresso ou quando houver erro sobre os fatos (=suporte fático) em que se baseou. A errada aplicação da norma não altera a veracidade da incidência. Por isso, se a aplicação foi de norma que não incidiu, é necessário restabelecer-se a verdade, aplicando a norma realmente incidente, corrigindo-se o erro. A existência da rescisão civil e da revisão penal, tanto com fundamento na aplicação errônea da norma incidente, como por erro na identificação do suporte fático sobre o qual se teve por incidente a norma, demonstra

vinculação (como força obrigatória) às normas jurídicas, tanto em relação aos cidadãos como em relação aos juízes. Com efeito, se o processo de aplicação judicial do direito não estivesse “sujeito a restricciones que no dependan de la voluntad de los jueces, entonces habría que negar que los jueces estén obligados por las normas jurídicas, y esto conduce en definitiva no solo a descartar que los jueces tengan que justificar sus decisiones en derecho sino también a abandonar la idea”.⁴⁶ Em outros termos: para que tenha sentido a idéia de vinculação dos juízes às normas jurídicas, mostra-se imprescindível a distinção conceitual entre incidência e aplicação (que pode ou não estar em conformidade com aquela), sob pena de se retirar o aparato analítico que permite visualizar as restrições jurídicas que, de forma prévia às suas decisões, têm os juízes em sua tarefa interpretativa e aplicativa. É dizer: sem a independência conceitual da causalidade jurídica - que caracteriza a experiência especificamente jurídica - anula-se a possibilidade conceitual dos erros na aplicação do direito:

[...] una manera de destruir la conexión interna entre casos y reglas es asumiendo que quienes tienen la última palabra sobre la aplicación de una regla no pueden equivocarse, i.e., que sus decisiones son infalibles. Solo si se admite que el juez puede equivocarse tiene sentido sostener que existe una regla con independencia de sus decisiones (acertadas o equivocadas).⁴⁷

que a incidência independe de sua aplicação, mesmo porque se a aplicação mudasse a veracidade da incidência ou se a incidência dependesse da aplicação, aqueles instrumentos de correção do *error iuris* não teriam razão de ser. O brocardo *error iuris expressis sententiam vitiat* bem reflete essa verdade”. MELLO, 2008, p. 82.

⁴⁶ NAVARRO, Pablo. Interpretación del derecho y modelo de justificación. *Revista de Derecho*, Temuco, v. 6, n. 6, 2005. p. 88.

⁴⁷ A possibilidade conceitual de erro aplicativo pode ser vista a partir da seguinte especificação analítica de Marcos Bernardes de Mello (2004, p. 25), segundo quem a aplicação judicial exige: (a) a identificação do fato jurídico a que a norma incidente se refere, não outro qualquer; (b) a ele seja atribuída a eficácia jurídica tal como prescrita na norma, e não outra. Assim, se no mundo dos fatos se concretizaram os fatos ABx, que constituem o suporte fático da norma jurídica NJx, que atribui ao fato jurídico respectivo Ax o efeito jurídico Ex, não pode o aplicador ter como incidente e aplicar a norma NJy, cujo suporte fático seja ABy, nem atribuir-lhe o efeito jurídico Ey prescrito por essa norma para o fato jurídico Ay. A aplicação da norma jurídica, por ser ato do aplicador (falível por natureza), está exposta à possibilidade de erro, dando como incidente norma diferente daquela que realmente incidiu (=norma cujo suporte fático se materializou), ou atribuindo ao fato jurídico efeitos que lhe não são imputados. No ato de aplicação, portanto, pode haver cumprimento ou descumprimento da norma jurídica, conforme se atenda ou se desatenda à incidência. Ocorrida a incidência, os fatos são juridicizados independentemente de que seja aplicada a norma incidente; se se aplica outra norma, há aplicação em violação de normas gerais (erro na aplicação), mas não modificação na incidência. A imodificabilidade da veracidade da incidência (como ela efetivamente se deu) resulta de sua incondicionalidade em face de determinado ato aplicativo. “O direito, portanto, é objetividade no mundo das relações sociais na medida em que nelas interfere criando aos homens por ele afetados permissivos, poderes e faculdades, bem assim obrigações e proibições”. *Ibidem*, p. 24. Ocorrida a incidência, os fatos são juridicizados independentemente de que seja aplicada a norma incidente; se se aplica outra norma, há aplicação em violação de normas gerais (erro na aplicação), mas não modificação na incidência. A imodificabilidade da veracidade da incidência (como ela efetivamente se deu) resulta de sua incondicionalidade em face de determinado ato aplicativo. “O direito, portanto, é objetividade no mundo das relações sociais na medida em que nelas interfere criando aos homens por ele afetados permissivos, poderes e faculdades, bem assim obrigações e proibições”. *Ibidem*, p. 24.

Da distinção conceitual entre incidência e aplicação depende, outrossim, a distinção entre o plano material e o plano processual do ordenamento jurídico. Nesse particular, o conceito de incidência impede a confusão entre definitividade e “infabilidade” de decisões judiciais. É importante frisar: a infabilidade é da incidência, e não das decisões judiciais. Destarte, do fato de que o direito qualifique as decisões de determinados órgãos judicantes, atribuindo-lhes, por exemplo, competência para resolver as disputas em torno da inconstitucionalidade das normas (e a circunstância de que o questionamento de tais decisões mediante a via recursal inexoravelmente deva terminar com a decisão de um órgão de máxima hierarquia que possua caráter definitivo, no sentido de que não possa ser questionada ante nenhum outro órgão), não significa que tais decisões não possam ser errôneas. O caráter definitivo da decisão não se confunde com sua correção: se uma norma foi ditada em violação da Constituição, ainda segundo com o exemplo, essa circunstância não se modifica pelo fato de que o órgão competente de máxima hierarquia rechace uma postulação de declaração de inconstitucionalidade, porquanto as pautas de correção de uma decisão judicial são independentes do caráter final ou definitivo que elas possam ostentar.⁴⁸ Disso depende, inclusive, a possibilidade da existência de critérios objetivos para determinar quando uma norma está ou não em conflito com outra de hierarquia constitucional, possibilidade crucial à caracterização da estrutura hierárquica da ordem jurídica. Tal estrutura somente tem sentido a partir da existência, ao menos em certos casos,⁴⁹ de pautas objetivas de valoração de quando duas normas estão em conflito; se nada de objetivo pode ser delineado a respeito, aos juízes não se aplicam quaisquer diretivas acerca da respeitabilidade da hierarquia da ordem jurídica.

À luz do exposto, pode-se delinear a seguinte tese acerca da experiência jurídica:

(TEJEP): a experiência jurídica (conjunto dos fatos jurídicos) consubstancia-se como experiência proposicional;⁵⁰ se a experiência jurídica não fosse (ao menos

⁴⁸ Em consonância com Marcos Bernardes de Mello, a aplicação em desacordo com a incidência constitui violação da norma jurídica, de que decorre sua sujeição à revisão, cassação ou rescisão. O erro que houver na aplicação deve ser corrigido para aplicar-se corretamente a norma que incidiu, nunca ter-se como não incidente a norma por não ter sido aplicada. Se, por alguma razão, persiste o erro, sempre terá existido e existirá situação de violação da norma jurídica, mesmo quando se venha a tornar definitivo pela impossibilidade de revê-lo (por precluir a ação rescisória, por exemplo), em respeito à imutabilidade da coisa julgada. O erro do aplicador, ainda quando reiterado, em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia jurídica da norma. MELLO, 2004, p. 26.

⁴⁹ É importante frisar que da defesa da existência de critérios objetivos de correção prévios ao ato de aplicação do direito não decorre a defesa acerca da existência de tais critérios para todo e qualquer caso inserido no âmbito da aplicação judicial de normas jurídicas.

⁵⁰ Proposição define-se como a entidade “portadora-de-verdade”: quando se faz uma asserção (descritiva) a respeito de algo (existente no mundo), é à proposição contida na asserção (ou enunciado) que se pode atribuir valor de verdade (verdade ou falsidade). Conforme Ronald Allen e Michael Pardo, “we mean that law exists in the world and that it may be described by propositions with truth value; (...) if there are true propositions about the world, some of them are about the law, namely, that there is such a thing in the world denoted by ‘the law’, that we can have knowledge of it, and that this knowledge comprises the legal facts”. ALLEN, Ronald; PARDO,

preponderantemente) proposicional, não haveria como o direito servir de guia de conduta aos destinatários das normas jurídicas.

Nesse contexto, a autoridade da razão dogmática é a racionalização da experiência jurídica, caracterizada pelos conceitos de incidência e causalidade jurídica. A dogmática funcionaliza-se como razão metadiscursiva (pois o direito é a sua linguagem-objeto) que promove a controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais (delineamento de critérios objetivos de correção jurídica).⁵¹ Desse modo:

[...] à dogmática jurídica interessa o momento nomogenético, por suas implicações com o ato interpretativo, mas não como seu problema próprio. Ela colhe, por assim dizer, a experiência jurídica após declarada e posta a norma na complexidade do ordenamento. A dogmática jurídica corresponde, neste sentido, ao momento em que a experiência jurídica se põe como efetivo sistema jurídico.⁵²

Ou seja, ao momento em que “o fato social se subordina a esquemas ou modelos normativos em função de valorações já positivadas no todo do ordenamento”.⁵³ No que tange à tutela jurisdicional, a autoridade da razão dogmática especifica-se a partir da distinção (e articulação) entre o plano do direito material e o plano do direito processual. Nesse sentido, pode-se especificar a seguinte tese:

- (TITJ): 1) a perspectivação da experiência jurídica como experiência proposicional depende do conceito de incidência jurídica (e de sua independência conceitual em relação à aplicação judicial do direito);
- 2) sem independência conceitual da incidência jurídica em relação à aplicação judicial do direito não há como conceber a distinção entre o plano do direito material e o plano do direito processual;
- 3) sem a distinção entre o plano do direito material e o plano do direito processual não há como conceber a distinção entre direito subjetivo (substancial) e tutela jurisdicional;

Michael. Facts in law and facts of law. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 153, , 2003, p. 158. Enfatizam os autores, em outro ensaio: “the point is fundamental, yet often overlooked: to the extent one can say that ‘the law is Y’ or ‘rule Y applies’ one can also say ‘it is a fact that the law is Y’ or ‘it is a fact that rule Y applies’”. In short, the answers to legal questions are propositional statements with truth value and are therefore, like other propositions with truth value, factual”. Ibidem, p. 1792.

⁵¹ Se há critérios de correção é porque há a possibilidade conceitual de erro na aplicação do direito.

⁵² FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 94.

⁵³ FERRAZ JUNIOR, loc. cit.

4) logo, a perspectivação da experiência jurídica como experiência proposicional (e o conceito de incidência jurídica) é imprescindível ao conceito de tutela jurisdicional.

Em última análise, a experiência jurídica em geral não pode ser assimilada à experiência do processo judicial em particular, caracterizada pela exigência de soluções institucionais às controvérsias jurídicas (porquanto esta exigência não exaure a totalidade da experiência do direito). A necessidade de imposição de soluções aplicativo-autoritativas não infirma a aptidão das normas jurídicas gerais para evitar o surgimento de controvérsias, evitação esta que diz respeito à própria função social do direito como guia de condutas.

1.3 EXPERIÊNCIA JURÍDICO-PROCESSUAL COMO “EXPERIÊNCIA DE UNIDADE”

Como se viu:

[...] existem setores da experiência cuja significação se extrai por referência a certas regras de conduta: não se compreende, por exemplo, que sentido têm os deslocamentos (ou ‘movimentos’) que os dois jogadores fazem das peças de um tabuleiro, se não se conhecem as regras do jogo de xadrez e se não se executam tais movimentos em relação àquelas regras. Ora, da totalidade da experiência humana um setor importante se distingue, e se destaca, pelo fato de extrair sua significação daquelas regras particulares de conduta que são as normas jurídicas: esse setor constitui propriamente a experiência jurídica. Nela se confluem e se fundem: (a) a experiência do entrelaçamento real de relações intersubjetivas disciplinadas por certos tipos de regras de comportamento que são as normas jurídicas; (b) essas próprias regras, o modo pelo qual são criadas e se organizam em sistemas normativos mais ou menos complexos e estruturados; (c) a atitude de aprovação ou de desaprovação que assumimos diante de tais regras, segundo as consideremos ou não conforme à ideia que temos sobre o melhor modo pelo qual essas relações deveriam ser reguladas. No primeiro aspecto, a experiência jurídica se nos apresenta como uma realidade social; no segundo, como um ordenamento normativo; no terceiro, como um sistema de valores.⁵⁴

Essa dissociação analítica “nos fornece um esquema útil de interpretação e de organização conceitual da experiência jurídica, e com a advertência de que não se trata de realidades ontologicamente separadas, mas de três aspectos gnoseologicamente distinguíveis de uma mesma realidade.”⁵⁵

Nesse contexto, a experiência do direito, perspectivada como conhecimento de fenômenos concatenados por nexos jurídico-causais, inclui a experiência especificamente

⁵⁴ LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 3.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 4.

jurisdicional: conforme Castanheira Neves, “a experiência jurídica jurisdicional remete-nos ao concreto juízo normativo”.⁵⁶ Tal modalidade experiencial, destarte, ocupa um lugar intermediário entre a experiência consuetudinária e a experiência legislativa, não apenas no sentido lógico, mas também numa perspectiva histórica (“o juiz antecede o legislador”) e ainda institucionalmente, porque diz respeito a uma particular mediação normativa. O direito “na experiência jurídica jurisdicional constitui-se e manifesta-se enquanto se realiza”⁵⁷.

O que foi exposto a respeito do conceito de incidência e de causalidade jurídica aplica-se à experiência jurídico-processual, dizendo respeito, naturalmente, à incidência de normas jurídico-processuais e causalidade jurídico-processual. Assim:

(TEJP): A experiência jurídico-processual é a experiência formada pelo conjunto dos fatos jurídicos processuais, que são os fatos decorrentes da incidência das normas jurídico-processuais que lhes correspondem; a experiência jurídico-processual (conjunto dos fatos jurídicos processuais) consubstancia-se como experiência proposicional.

Fatos jurídicos processuais “podem ser definidos como os eventos, abrangendo manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza, contemporâneos a um procedimento a que se refiram, descritos em normas jurídicas processuais”.⁵⁸ Assim, o fato jurídico decorre da incidência de uma norma jurídico-processual.⁵⁹ Os fatos jurídicos processuais, cujo conjunto forma a experiência jurídico-processual, são as entidades que estão em relação semântica com os enunciados dogmático-processuais de natureza descritiva. Isso porque a experiência jurídico-processual, e não poderia ser diferente, também se consubstancia como experiência proposicional.

A experiência jurídico-processual tem o seu ponto de partida explícito num concreto problema jurídico, que toma a forma de uma controvérsia. A mediação normativa manifesta-

⁵⁶ NEVES, Antonio Castanheira. Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. 58, 1982. p. 197.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 198.

⁵⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 31.

⁵⁹ DIDIER JUNIOR; NOGUEIRA, 2011, p. 32. Assinalam os autores que “(a) o universo dos fatos processuais não está adstrito aos atos processuais, pois ganham relevo também os fenômenos da natureza e as condutas avolitivas, positivas ou negativas, relacionadas ao processo; (b) todo fato processual há de pressupor um procedimento a que se refira, ainda quando sua ocorrência seja exterior, isto é, fora da sede processual. Essa contemporaneidade entre o fato e o procedimento não significa simultaneidade, por ser possível a não coincidência, cronologicamente falando, dos dois elementos (v. g., a cláusula compromissória e o posterior ajuizamento da ação; a cessão do direito litigioso quando já pendente o processo); (c) o fato jurídico decorrerá da incidência de uma norma jurídica processual”, complementando que “não se pode pôr como obstáculo intransponível para a caracterização de um fato jurídico como processual a circunstância de estar ele contemplado por regras substanciais e poder vir a configurar, ao mesmo tempo, um fato jurídico de direito material”. *Ibidem*, p. 32-35.

se como mediação objetiva entre a normatividade postulada e a normatividade concreta, e como mediação subjetiva entre os sujeitos da controvérsia e o “terceiro imparcial” que considere o mérito das razões que cada um deles invoque para a concreta resolução da controvérsia. Na condição de sujeito exigido pelo ato normativo da mediação objetiva e subjetiva, cuja atuação dá-se no quadro institucional de participação contraditória, é que o agente mediador consubstancia-se como juiz.

A função social da processualística como construção de modelos da experiência jurídico-processual pressupõe, à luz do exposto, a especificação desta modalidade experiencial como “experiência de unidade”:⁶⁰ no âmbito do processo judicial coloca-se a correlação entre unidade do ordenamento jurídico e juízo prático-decisório a respeito de uma controvérsia jurídica concreta;⁶¹ ou melhor: tal juízo manifesta a unidade do ordenamento jurídico. Tal *iudicium*, conforme Castanheira Neves, apresenta:

[...] uma unidade constitutiva, na complexidade dos seus momentos - os vários modos especificamente constituintes, que nela se podem diferenciar, não operam autonomamente entre si, mas numa dinâmica normativa que os revela em correlativa pressuposição, condicionamento e complementaridade, e por fim conjugados todos por uma particular unidade dialética.⁶²

O *iudicium*⁶³ que caracteriza a experiência de unidade no plano da aplicação judicial do direito associa-se à exigência de racionalidade na justificação das decisões judiciais. Quando um juiz intenta resolver um caso aplicando um sistema de normas gerais, por vezes

⁶⁰ “É esta uma experiência jurídica centrada no momento da validade e em que o universo jurídico se revela, mais do que em qualquer das outras experiências jurídicas, como um universo específico e autônomo. Pelo sentido de normatividade que leva referido - e que nela é, como pudemos compreender, simultaneamente pressuposto e resultado -, pela natureza dos elementos normativos que constitui e com que opera, pelo tipo de racionalidade e de metodologia com que pensa os seus problemas e os resolve, por tudo isso decerto que vai dando lugar a um mundo intencional próprio”. NEVES, 1984, p. 204. Sobre a experiência jurídico-processual como experiência de unidade, aduz Steven Burton: “[...] to have value in pursuing order and justice, a legal web of beliefs should synthesize the legal experience and the law’s purposes as a coherent and valuable whole. [...] A judge need not to decide a case by confronting the facts with a single rule or precedent in mind or with wholly personal value preferences, either way producing arbitrary decisions too often; a judge should judge importance according to which decision requires the least adjustment to accommodate the decision coherently with the facts of the case and the legal experience, interpreted in accordance with legal principles and policies, and supported by conventions of the legal community”. BURTON, Steven. *An introduction to law and legal reasoning*. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 128, 133. J. W. Harris, de seu turno, aduz: “[...] it is part of his office [judge] to apply the right rule, or combination of rules, reading the legal system (‘the law’) as a whole”. HARRIS, J. W. *Law and legal science*. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 12.

⁶¹ Controvérsia concreta não significa, necessariamente, controvérsia entre pessoas concretamente identificadas: uma controvérsia veiculada em ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo, não deixa de ser controvérsia de um problema *in concreto*.

⁶² NEVES, op. cit., p. 284.

⁶³ A essencial correlação entre o conceito de *iudicium* e o desenvolvimento da processualística (notadamente no que tange à passagem do *iudicium* ao *processus*) pode ser consultada em PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

nenhuma norma, por si mesma, revela-se suficiente para fundamentar a decisão; mostra-se necessário, nessas hipóteses, levar em consideração duas ou diversas normas. Por tal razão, como o juiz precisa considerar questões relativas à precedência entre normas, igualmente necessita comparar, toda vez que isto seja necessário e possível, um conjunto de normas frente a outro conjunto de normas, o que remete à necessidade de identificação de normas jurídicas por meio de critérios de seleção (de conjunto) de normas.

Nesse sentido, o juízo jurisdicional, conforme Jorge Rodríguez,⁶⁴ ao intentar mostrar que uma pretensão ou uma decisão estão justificadas de acordo com o direito vigente, pode ser conceitualmente reconstruído de forma dedutiva, tal como uma inferência lógica em que, sobre a base de dois tipos de premissas (fáticas e normativas), chega-se a uma conclusão cujo conteúdo denota que determinadas consequências jurídicas aplicam-se a um caso submetido à apreciação. Tal inferência mostra que a decisão de aplicar as consequências jurídicas selecionadas ao caso particular encontra-se juridicamente justificada. Isso não significa que uma decisão possa ser efetivamente deduzida das premissas, porquanto tal decisão corresponde a uma imposição volitivo-autoritativa de solução institucional e, assim, não está determinada pelo critério inferencial de derivabilidade: o que está logicamente implicado pelas premissas de um juízo adequado é o conteúdo de um possível ato de decisão, e deste modo dir-se-á que este ato de decidir, uma vez realizado, está justificado pelas premissas do juízo decisório.

A experiência jurídico-processual caracteriza-se como “experiência de unidade” porque a tomada de decisão a respeito de um caso judicial por parte do juiz constitui um processo em cujo âmbito inclui-se uma série ampla de problemas de diversa índole. Sem pretensão de exaustividade, podem ser destacadas as seguintes questões que devem ser resolvidas quando da tomada de decisão judicial: a) decisão a respeito de quais circunstâncias fáticas se verificaram no caso submetido a julgamento; b) seleção das regras de inferência a serem utilizadas para a dedução das consequências das normas gerais do sistema jurídico de referência, consequências estas a serem implementadas em relação aos fatos que se considerem provados; c) escolha do conjunto de normas jurídicas que, segundo as regras de inferência utilizadas, apresentem, em princípio, consequências normativas relevantes a respeito do caso; d) determinação da extensão do significado das normas jurídicas selecionadas; e) estabelecimento das relações hierárquicas entre as normas do sistema que se toma como referência; f) análise das soluções normativas que se derivam do sistema de

⁶⁴ RODRÍGUEZ, Jorge L. *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 252.

referência em relação à hipótese normativa a partir da qual se subsume o caso judicial; g) determinação da qualificação normativa que corresponde caso judicial em conformidade com a solução correlacionada hipótese normativa abstrata; e h) determinação se a solução normativa que se deriva do sistema jurídico de referência mostra-se aceitável do ponto de vista do sistema axiológico do julgador, que deve ser correlacionado com o sistema axiológico pressuposto pelo legislador.

Assim, os graus de problematidade das questões inseridas no âmbito de tomada de decisão judicial, bem como o modo como o juiz dá conta de tais questões na fundamentação decisória, podem dizer respeito: (a) a determinado conjunto de formulações normativas; (b) à determinada interpretação de tal conjunto; (c) à determinada hierarquia entre as normas identificadas a partir do sistema normativo que se toma como referência; (d) a determinado conjunto de regras de inferência que indiquem quais são as consequências que se seguem do sistema normativo de referência; (e) à fundamentação decisória formulada pelo juiz. Assim, um suporte fático de determinada norma jurídica SF no sistema jurídico SJ pode se mostrar indeterminado, por exemplo, quando SF revela-se inconsistentemente normado em SJ ou em SJ existe uma lacuna normativa relativamente a SF; o caso judicial CJ, de seu turno, pode se mostrar indeterminado em SJ quando, *verbi gratia*, não for possível se determinar (em virtude de uma indeterminação semântica ou epistêmica) em qual suporte fático de norma jurídica deve ser feita a subsunção, ou se tal subsunção deve ser feita em um suporte fático indeterminado.

No âmbito da experiência jurídico-processual apresentam-se, então, casos juridicamente indeterminados em que o juiz precisa resolver problemas prévios à derivação da solução: (a) tratando-se de um caso judicial subsumível em um suporte fático a partir do qual o sistema não correlaciona qualquer solução jurídica (preceito), o julgador deverá modificar o sistema incluindo uma norma geral que solucione a lacuna normativa; (b) tratando-se de um caso judicial subsumível em um suporte fático correlacionado pelo sistema com duas ou mais soluções (preceitos) incompatíveis, o julgador deverá modificar o sistema afastando uma das soluções e introduzindo uma hierarquia que resolva o conflito; (c) tratando-se de um caso judicial compreendido na zona de penumbra de aplicação de uma norma geral, o juiz deverá resolver a indeterminação mediante a introdução das precisões terminológicas (e de significado) pertinentes; e (d) tratando-se de caso judicial em que existam problemas de

indeterminação em torno à valoração da prova, deverá o juiz introduzir critérios gerais que possibilitem ter por comprovados, ou não comprovados, os fatos da causa.⁶⁵

A “experiência de unidade”, outrossim, remete à questão atinente ao apelo às normas extrajurídicas (ou morais) para a fixação da premissa normativa do raciocínio judicial. A respeito, importa registrar que quando se fala em “experiência de unidade” não se assume a existência de uma conexão necessária entre justificação jurídica e justificação moral no plano da aplicação judicial do direito (plano do direito processual), porque a experiência de unidade diz respeito exclusivamente ao ordenamento jurídico. Significa dizer, ademais, que a conclusão do raciocínio judicial não pode ser um dever *prima facie*, e sim um *iudicium* nos moldes de “considerando todas as coisas” (todas aquelas coisas que, especialmente, devam ser objeto de consideração dentro das limitações impostas pelas normas processuais em geral e por aquelas que regulam a prova dos fatos em especial). Nesses moldes, pode ocorrer que “considerando todas as coisas” - e é normal que ocorra -, a solução jurídico-institucional seja distinta daquela solução derivada das normas gerais formuladas. Por isso não se deve confundir o dever *prima facie* do juiz de aplicar ao caso a solução normativa derivada das normas gerais ditadas pelo legislador com o dever moral de imposição de uma solução distinta daquela derivada das normas gerais, em virtude do maior “peso” que tal dever moral possa, “consideradas todas as coisas”, apresentar ao aplicador: é partir de tal confusão, especialmente, que muito autores associam justificação jurídica à justificação moral (ou associar força moral à força institucional das normas jurídicas, noções que devem ser cuidadosamente distinguidas).

Nesse contexto, cumpre destacar que o raciocínio judicial, caracterizado pelo *iudicium*, comporta dois sentidos. Entendido em sentido dinâmico (como o processo mesmo de raciocinar), pode-se aceitar que o juízo tem seu ponto de partida no significado ordinário de alguma formulação normativa; em havendo razões para apartar-se deste significado ordinário (a partir de exceções provenientes de outras disposições, por exemplo), ocorre seu abandono no curso do raciocínio, por se revelar errôneo para fins de instanciação do caso judicial no suporte fático abstrato. Assim, o que se está tratando de alcançar neste processo dinâmico é um juízo acerca de qual é, “consideradas todas as coisas”, o direito aplicável ao caso, a partir da solução normativa (preceito) correlacionada ao suporte fático da norma jurídica levada em consideração, revelando que tal juízo mostra-se falível no sentido de que será corrigido na medida em que determinadas “coisas” não se revelem adequadamente

⁶⁵ RODRÍGUEZ, 2002., p. 316.

“consideradas”.⁶⁶ Além deste sentido (como processo de ir formulando e reformulando aquilo que pretende ser um juízo acerca do direito que, “consideradas todas as coisas”, mostra-se aplicável ao caso posto sob decisão), o raciocínio judicial pode ser visto como a inferência com que se justifica uma determinada conclusão acerca do direito aplicável a um caso judicial, cuja premissa maior corresponde a um juízo acerca da solução normativa correlacionada ao suporte fático a que se subsume o caso. Conforme Juan Carlos Bayón, o fato de que a premissa possa ser revista no curso do processo do raciocinar (uma vez que se revele errônea) não implica que a inferência mesma não corresponda a uma relação de derivabilidade inferencial.⁶⁷

Destarte, pelo menos três são características do *iudicium*, que revela um juízo de unidade do ordenamento jurídico: a) uma incerteza e uma disputa iniciais sobre a significância acerca do que aconteceu ou sobre o que realmente aconteceu; b) um processo de investigação e avaliação dos elementos produzidos pelas partes: por um lado, a evidência que suporta alegações factuais, por outro lado, as considerações conceituais e normativas que suportam as alegações de cunho jurídico; e c) a determinação final de determinadas consequências normativas para o futuro.

É usual, no âmbito da análise do raciocínio prático, assinalar que tal raciocínio conforma-se a partir de premissas vistas como razões para a ação. Entre tais premissas, distinguem-se as razões operativas e as razões auxiliares. As operativas são aquelas que (i) permitem atribuir relevância prática à conclusão e (ii) não se mostram supérfluas em um argumento logicamente conclusivo. Uma premissa mostra-se supérflua em um argumento logicamente conclusivo quando ela não é condição necessária, suficiente ou contribuinte para a conclusão. Assim, o *iudicium*, como núcleo do raciocínio jurídico justificatório, conforma-se a partir da identificação da(s) norma(s) jurídica(s) e da descrição de determinados fatos como condições necessárias e suficientes para atribuir relevância prática à conclusão. Nesse contexto, releva distinguir entre os elementos conceituais associados aos argumentos justificatórios e os aspectos psicológicos inerentes à aceitação das normas jurídicas no processo de aplicação judicial do direito. Corolário disso é a distinção entre as razões que justificam a conclusão de um argumento e as razões para se invocar esse argumento justificatório (por exemplo, razões morais ou prudenciais para justificar a aplicação do direito).

⁶⁶ BAYÓN, Juan Carlos. Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? In: BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge L. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá: Universidad de Externado, 2003. p. 306.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 309.

A importância do ponto, no que tange à compreensão da autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional (como controle racional do poder do juiz), corresponde à necessidade da existência de critérios compartilhados de correção jurídica das decisões judiciais, distinguindo-as das decisões errôneas ou arbitrárias. A justificação jurídica correlaciona-se com a correção jurídica ou validade das decisões judiciais; assim, as crenças morais dos juízes, bem como a qualidade moral das normas por eles invocadas, são irrelevantes em uma discussão acerca da correção jurídica ou validade da decisão judicial, como ato que veicula a tutela jurisdicional. Os sistemas jurídicos, em geral, não permitem a revisão de uma decisão judicial pelo mero fato de que ela seja moralmente injustificável ou porque o juiz não compartilhe a qualidade moral da norma aplicada. Significa dizer: esta irrelevância das normas morais e das opiniões morais dos juízes decorre do fato de que a principal razão para questionar a correção jurídica ou a validade da decisão judicial diz respeito à ausência de fundamento jurídico apropriado (por exemplo, o juiz não aplicou uma norma válida e aplicável que regulava o caso). No particular, a autoridade da razão dogmática é a própria controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais (no caso destas, notadamente aquelas exsurgentes das decisões judiciais).

A respeito, cumpre registrar que, dependendo dos propósitos de reconstrução sistemática, interessa à reconstrução dogmática do material jurídico tornar explícito o conteúdo conceitual de determinado conjunto de normas; em tal circunstância, a identificação das normas do sistema não se assimila à concessão de força vinculante a tais normas (seja força jurídica, seja força moral). Pode interessar, por outro lado, a reconstrução sistemática do material jurídico com o propósito de delimitação de critérios de determinação do conjunto de normas com força institucional, em que se pressupõe a relevância das normas jurídicas para justificar decisões institucionais. Para tanto, mostra-se imprescindível distinguir entre pertinência de uma norma a um sistema e sua força institucional, porquanto os critérios de pertinência ao sistema jurídico (em geral) não são equivalentes aos critérios de pertinência ao sistema de normas aplicáveis para resolver determinado caso judicial. A reconstrução sistemática ostenta uma primazia conceitual ante a força institucional das normas, já que esta última propriedade somente pode ser atribuída sobre a base dos critérios de aplicabilidade pertencentes ao sistema jurídico. Segue-se, pois, que a experiência jurídico-processual de unidade (representada pelo *iudicium*) reporta-se ao conjunto de normas aplicáveis ao caso judicial, que não se mostra coextensivo ao conjunto de normas totais pertencentes ao sistema jurídico, particularidade que pressupõe a reconstrução sistemática (por meio da razão

dogmática, portanto) a partir de critérios conceituais de seleção do conjunto de normas que resultam relevantes para a solução do caso.⁶⁸ Frise-se: a totalidade das normas integrantes do sistema jurídico não é coextensiva ao conjunto de normas aplicáveis a determinado caso levado em consideração; uma norma pode existir (pertencer ao sistema) sem ser aplicável (*verbi gratia*, norma em *vacatio legis*), assim como uma norma pode ser aplicável sem pertencer ao sistema (norma estrangeira aplicável conforme os critérios do direito dos conflitos, por exemplo). Essa diferenciação pressupõe a reconstrução de critérios conceituais a cargo da razão dogmática.

A importância da distinção decorre da própria noção de sistema jurídico, que pode ser visto ora como uma unidade dinâmica, a partir da qual o direito é perspectivado como fenômeno normativo-institucional distinto da moral, e ora como um conjunto das normas aplicáveis, ou seja, normas relevantes para a solução de determinados casos, concepção vinculada de mais estreito ao labor da dogmática jurídica e à noção de justificação das decisões judiciais. Em outros termos: há uma noção de sistema jurídico vinculada mais de perto à tarefa (ou função social) da dogmática (vinculada, outrossim, à função do juiz), cujas preocupações consistem, fundamentalmente, em determinar as soluções normativas que são deriváveis para determinados problemas jurídicos; e há outra noção de sistema jurídico vinculada à caracterização do direito como sistema institucional.⁶⁹ Jorge Rodríguez destaca que o sistema de normas relevantes para a solução de um caso não é, necessariamente, um subconjunto de algum dos conjuntos de normas que integram a sequência da ordem jurídica (na perspectiva do direito como sistema institucional), não coincidindo, portanto, com o conjunto global de normas que configuram um momento temporal na sequência que conforma uma mesma ordem jurídica.⁷⁰ A experiência jurídico-processual como “experiência de unidade” diz respeito, portanto, ao sistema visto como conjunto de normas aplicáveis ou relevantes para resolução de determinado caso judicial, e não em relação ao sistema jurídico global, cujo conteúdo total, desse modo, não é necessário explicitar quando da solução de problemas jurídicos específicos.

⁶⁸ As normas aplicáveis não pertencem, necessariamente, ao sistema jurídico, assim como nem todas as normas pertencentes ao sistema são aplicáveis a um caso; entretanto, isso não significa que a identificação das normas do sistema seja irrelevante para esclarecer quais são as normas aplicáveis a determinado caso. Como se percebe, o termo “sistema” pode fazer referência a um conjunto de normas aplicáveis em um tempo T a um caso C ou fazer referência ao conjunto de normas jurídicas de uma determinada comunidade em um tempo T.

⁶⁹ RODRÍGUEZ, Jorge L. La tensión entre dos concepciones de los sistemas jurídicos. *Análisis Filosófico*, Buenos Aires, v. 26, n. 2, 2006. p. 257.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 260.

Assim, o direito em um determinado momento pode ser entendido como um macrosistema; o conjunto das normas que o jurista dogmático ou um juiz deve tomar em consideração para resolver certo problema pode reconstruir-se como um microsistema. Estes microsistemas podem estar conformados por normas vigentes em distintos momentos temporais da ordem jurídica, ou, inclusive, por normas que não integram nenhum sistema da sequência que conforma o direito em cujo marco o juiz cumpre sua função (ou que o jurista dogmático cumpre sua tarefa).

Em última análise, cumpre referir que o *iudicium* (um juízo de “consideradas todas as coisas” - o uso de uma norma jurídica para resolver um caso, ou seja, o uso da norma como premissa normativa do raciocínio justificatório) está associado, ainda, à universalidade da premissa normativa como requisito necessário para a justificação da decisão judicial. A decisão deve utilizar um critério normativo universalizável (critério formulável em termos de quantificador universal, no sentido de que, ao aplicar um predicado P a um fato/situação/objeto O, o aplicador deve estar disposto a aplicar F a qualquer fato/situação/objeto igual a O em todos os aspectos ou propriedades relevantes, o que supõe o compromisso de tomar a mesma decisão em face das mesmas circunstâncias).⁷¹

A respeito, Juan Carlos Bayón⁷² assinala que carece de sentido qualificar como “justificada conforme o direito” a decisão sobre um caso concreto se este não for considerado como uma instância de uma generalização cuja prescritividade ultrapassa o contexto particular do caso judicial. Nesse sentido é que se afirma o caráter subsuntivo da justificação: a menos que se considere o direito necessariamente indeterminado, a justificação como instanciación pressupõe metanormas convencionais de prioridade relativas aos suportes fáticos das normas jurídicas, ou seja, a justificação judicial pressupõe susceptibilidade de universalização consistente, e nesse ponto ressalta a dogmática como controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas das normas gerais e individuais.

⁷¹ A exigência de universalidade coloca o juiz em três alternativas: a) resolver o novo caso da mesma forma que o caso anterior; b) mostrar que o novo caso, apesar das semelhanças com o anterior, apresenta alguma propriedade relevante que o torna diferente, e que, portanto, exige uma solução jurídica distinta; e c) mostrar a inadequação da solução jurídica dada ao caso anterior, e que, portanto, o critério normativo universal não corresponde àquele anteriormente aplicado; o novo caso, assim, deve ser resolvido de maneira diferente.

⁷² BAYÓN, 2003, p. 305.

2 OS MODELOS JURÍDICOS E SUAS MODALIDADES

A dogmática jurídica desempenha sua função por meio da construção de modelos (e critérios) cuja relevância corresponde à reconstrução racional da experiência jurídica, caracterizada a partir dos seus momentos constituintes. Assim, a modelagem da experiência jurídica pode ser vista no plano da linguagem-objeto - em que “os modelos são captados e revelados na imanência mesma do processo experiencial”⁷³ (modelos jurídicos em termos de conteúdo das fontes do direito) - ou no plano da metalinguagem, a partir dos modelos dogmáticos, em que se articulam, conceitualmente, proposições normativas e enunciados jurídicos. Tais modelos cumprem funções com base em postulados de pressuposição do labor jurídico-dogmático.

2.1 A TEORIA DOS MODELOS JURÍDICOS: a modelagem da experiência jurídica

A construção de modelos diz respeito à investigação científica em geral, e não somente em relação a determinadas modalidades de discursos ou para certos âmbitos disciplinares. A modelagem para fins de análise conceitual de determinados problemas, porém, consubstancia apenas uma das estratégias cientificamente relevantes, porquanto existem concepções que pretendem dar conta dos fenômenos estudados sem a intermediação da análise conceitual. O objetivo principal da construção de modelos é expor de forma fecunda os conceitos e relações conceituais relevantes para a compreensão de determinados problemas e práticas; é dizer: é uma reconstrução racional destes problemas e práticas. Todo modelo implica simplificação e abstração de múltiplos elementos e/ou de fenômenos a partir da fixação de determinados critérios de relevância: não há como o modelo (porque tal pretensão mostra-se irrealizável) reproduzir (ou identificar-se com) a realidade estudada. Assim, a existência de “distância” entre modelo e realidade consubstancia-se como uma exigência epistemológica; entretanto, esta distância conceitual não pode ser tão ampla que torne irrelevante a reconstrução racional que se oferece, e essa questão mostra-se particularmente problemática em relação aos modelos dogmáticos: trata-se da tensão entre a

⁷³ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 44.

abstração como critério para estabelecimento das condições para que a dogmática exerça sua função social e a abstração como perda do(s) critério(s) para que a dogmática cumpra seu papel na decidibilidade de conflitos. Isso porque se a dogmática jurídica se articula em modelos referidos a modelos-objetos, ela se apresenta, pois, como “abstração de abstração” (metalinguagem referida a uma linguagem-objeto que já se apresenta abstrata em virtude da diferenciação do sistema jurídico em relação ao sistema social). O ponto é importante porque a função social da dogmática vincula-se com a possibilidade de “distância crítica” na organização e conexão de razões, fundamentos e relações, com os quais o material normativo torna-se controlável e aplicável, para além do seu caráter de mero dado “bruto” do qual se parte. A incumbência da dogmática, assim, inclui a própria determinação do grau de abstração em que os pontos de partida devam ser fixados como condições de funcionalidade dos enunciados dogmáticos (componentes da metalinguagem dogmática).⁷⁴

Nesse contexto, e segundo Alchourrón e Bulygin,⁷⁵ um modelo abstrato não pode reproduzir toda a realidade, mas não há aspecto da realidade que não possa ser reproduzido em algum modelo. Assim, para todo aspecto do conceito ou do objeto que interessa elucidar (*explicandum*) pode construir-se um *explicatum* adequado⁷⁶ (aos propósitos da elucidação). A compreensão de determinada parcela do real ou de certo objeto exige a intermediação de um modelo que contenha as características pragmaticamente relevantes para o propósito almejado com a compreensão. A simplificação e abstração inerentes às imagens conceituais contidas nos modelos permitem a apreensão de segmentos da complexidade do objeto, para fins de comparação de características: os modelos consubstanciam, assim, instrumentos de comparação fundados em determinados critérios de relevância,⁷⁷ em cujo âmbito se pode

⁷⁴ FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 96.

⁷⁵ ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas e sociales*. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 31.

⁷⁶ Mario Bunge faz a distinção entre objeto-modelo e modelo teórico: o objeto-modelo M representa os traços-chave (ou supostos-chave) de um objeto concreto O (ou suposto concreto); o modelo teórico T especifica o comportamento e/ou o(s) mecanismo(s) interno(s) de O por meio de seu modelo M; e a teoria geral G acolhendo T e que deriva seu valor-de-verdade, bem como sua utilidade de diversos modelos teóricos que podem ser construídos com seu auxílio, mas jamais sem suposições e dados que a extravasam (e recolhidos pelo objeto-modelo M). Assim, Bunge distingue o modelo enquanto representação esquemática de um objeto e o modelo enquanto teoria relativa a esta idealização. A formulação explícita das hipóteses semânticas de uma teoria científica exige a relação de representação por um modelo. BUNGE, Mario. *Teoria e realidade*. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 30.

⁷⁷ O conceito (ou o sistema conceitual) integrante do modelo inclui uma nota valorativa, no sentido de que relaciona os propósitos do observador com a seleção das características a apreender. Tal relação exerce-se mediante os critérios de relevância, e um critério de relevância mostra-se adequado na medida em que permita selecionar características que satisfaçam aqueles propósitos. Os modelos teóricos têm as funções de previsão (criar condições para a passagem do registro de fatos relevantes para outros eventualmente relevantes), heurística (possibilitar a descoberta de algo relevante e criar condições de orientação das expectativas acerca do que será considerado relevante), organizatória (criar condições para classificação, tipificação e sistematização de fatos

aferir a verofuncionalidade dos respectivos enunciados. A modelagem, assim, exige relação de adequação com a natureza das características a descrever. Conforme assinala Ricardo Guibourg,⁷⁸ o próprio conceito de compreensão implica um juízo de relevância, equivalente à afirmação ou à aceitação de que as características representadas no modelo são adequadas aos nossos objetivos (com preferência a outras características não representadas).

Os modelos do direito, para Miguel Reale, dividem-se em modelos jurídicos e modelos dogmáticos (como discurso sobre os modelos jurídicos: sua estrutura lógica e axiológica, suas variações semânticas e pragmáticas e sua lacunosidade no ordenamento). A função dos modelos dogmáticos é determinar: a) como as fontes podem produzir modelos jurídicos válidos; b) o significado dos modelos jurídicos; c) como é que eles se correlacionam entre si para compor figuras, institutos, subsistemas e sistemas, tudo na unidade lógico-axiológica do ordenamento jurídico.⁷⁹ Para Reale, o conceito de modelo de direito implica a articulação dos pressupostos teóricos com a atualização (e objetivação) da experiência jurídica em termos operacionais, a partir da correlação do momento abstrativo da estatuição volitiva da norma com o momento dogmático de sua compreensão, tendo em vista que a aplicação prática do direito exige a correlação entre estrutura e função das categorias normativas.

Assim, o modelo jurídico capta os fins concretos que se inserem no dever-ser do direito correspondente a um dado complexo de normas objetivadas ou formalizadas segundo os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico para cada modalidade de fonte do direito; a modelagem da experiência jurídica, por seu turno, corresponde ao resultado da ordenação racional do conteúdo das normas reveladas ou formalizadas pelas fontes do direito, para atender aos característicos da validade objetiva autônoma e de atualização prospectiva dessas mesmas normas.⁸⁰

Importa destacar, no que tange à função social da dogmática, que o ponto de partida para a explicação do conceito de sistema jurídico é a construção de um modelo destinado a reproduzir, abstratamente, os problemas normativos exsurgentes da experiência jurídica.

relevantes) e avaliativa (propiciar o encontro de indicadores para uma compreensão parcial ou total das relações investigadas).

⁷⁸ GUIBOURG, Ricardo. *La construcción del pensamiento*. Buenos Aires: Colihue, 2006. p. 59.

⁷⁹ REALE, 2002, p. 29. Reale alude, ainda, a modelos hermenêuticos (hermenêutico-metodológicos, hermenêutico-axiológicos e hermenêutico-supletivos/complementares); enquadra, ademais, o ordenamento jurídico como um macromodelo.

⁸⁰ REALE, 1994, p. 40. Reale apresenta o modelo jurídico como estrutura normativa de atos e fatos pertinentes unitariamente a dado campo da experiência social, prescrevendo a atualização racional e garantida dos valores que lhes são próprios. A partir disso, a estrutura de tal modelo pressupõe: a) dado campo de atos e fatos da experiência social; b) uma ordenação normativa racionalmente garantida; e c) o propósito de realizar valores ou impedir desvalores, de conformidade com a natureza de cada porção de realidade objeto da investigação.

Significa dizer: a reconstrução racional da prática jurídica depende de um esquema conceitual para identificar o conteúdo de um determinado conjunto normativo, porquanto somente a partir de determinado esquema conceitual se pode definir quais são os conjuntos normativos delimitados espacial e temporalmente. A identificação de uma “origem” ao conjunto normativo levado em consideração põe em funcionamento o modelo em um tempo T e um espaço E para, a partir desse ponto de partida, possibilitar a aferição dos fatos tidos por relevantes, no âmbito da experiência jurídica, para fins de qualificação normativa. Isso viabiliza a distinção, no que diz respeito à “existência empírica do direito”, com outros critérios de identificação (por exemplo, o critério que indica a prática de aceitação de normas). Assim, a idéia segundo a qual os “usuários” do direito aceitam normas que satisfazem determinados critérios de identificação permite separar os fatos em que consiste a aceitação, dos critérios que satisfazem as normas aceitas pela comunidade considerada. O modelo de sistema jurídico, como construção dogmática, presta-se, assim, à reconstrução do conjunto normativo a ser tratado como sendo o direito D, a partir da hipótese de acordo com o qual os aceitantes de suas normas apresentam atitudes consistentes quanto ao uso destes critérios conceituais. Nesses moldes, a própria construção conceitual de sistema fornece os critérios para elaborar o conjunto normativo que funciona como um modelo teórico, ou seja, como uma idealização dos resultados eventuais de uma prática de identificação, em uma definida localização espacial e temporal.⁸¹ Essa particularidade mostra-se relevante para a visualização dos critérios conceituais de identificação (de normas do sistema) como independentes da constatação de fatos empíricos (como, *verbi gratia*, a conduta, reiterada no tempo, dos juízes); tal constatação, por outro lado, pode se mostrar relevante para outros propósitos correlatos, como, por exemplo, para se estabelecer se a ordem jurídica, identificada por meio de certo critério conceitual fornecido pelo modelo, é ou não vigente (“encontra-se em funcionamento”) em um tempo e lugar determinados. Segue-se disso que os critérios conceituais decorrentes dos modelos dogmáticos (e a partir dos quais estes modelos assentam seus pontos de partida) não dependem apenas da existência de práticas jurídico-institucionais: dependem de como se reconstruam, conceitualmente, tais práticas. É a partir desta particularidade - no que tange à prática jurídico-institucional da tutela jurisdicional - que deve ser analisada a função social da processualística.

⁸¹ CARACCILO, Ricardo. Sistema jurídico. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco (Org.). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 174.

A modelagem dogmática da experiência jurídica pode ser assimilada à “inferência explicitante”⁸² (da qual resulta uma “objetivação normativo-dogmática”) da implicitude ínsita à relação entre legislação e jurisdição existente na complexidade do conjunto dos casos jurídicos.

2.2 MODELOS DOGMÁTICOS E SUAS FUNÇÕES

Robert Alexy especifica três dimensões da dogmática jurídica: analítica, empírica e normativa.⁸³ A dimensão analítica diz respeito à sistematização conceitual do direito válido, incluindo a análise dos conceitos fundamentais, a investigação da estrutura do sistema jurídico e a fundamentação dos modelos de decisão jurídica. A dimensão empírica, por seu turno, pode ser compreendida em dois sentidos: ora em relação ao conhecimento do direito positivamente válido⁸⁴, ora em relação à utilização de premissas empíricas no âmbito do raciocínio jurídico em geral e do raciocínio judicial em particular (incluindo os argumentos consequencialistas). Por fim, a dimensão normativa diz respeito à orientação da prática jurídica: trata-se do intento de fornecer respostas racionalmente fundamentadas a questões axiológicas pendentes de solução no material autoritativamente dado e empiricamente constatável. A dimensão normativa associa-se ao desempenho da tarefa prática da dogmática. Tal dimensão, todavia, exige uma especificação cuidadosa acerca das condições em que se pode predicar “normatividade” aos enunciados da dogmática (que são enunciados sobre normas). As

⁸² NEVES, 1994, p. 277. Segundo o autor português, o pensamento dogmático opera não apenas em termos dogmaticamente complementares, mas também em termos heurístico-normativamente antecipantes à realização jurisdicional do direito. A construção do sistema jurídico, assim, depende, também, do pensamento dogmático que, apoiado nessa reconstrução sistemática do direito, fornece os critérios de mensuração de plausibilidade (em termos sistemáticos) da realização jurisdicional do direito, nos moldes de um “controle dogmático de concordância” (que o pensamento dogmático desempenha relativamente à função jurisdicional). A face complementar ou de continuação da normatividade jurisdicional e a face antecipante ou autônoma perante a realização jurisdicional do direito encontram-se num *continuum* dogmático; a articulação destas duas faces conforma o sentido integral da dogmática jurídica.

⁸³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 29.

⁸⁴ Assinala Alexy que a eficácia do direito como conjunto normativo (e não das normas vistas individualmente), na medida em que consubstancia condição de validade do direito legislado e judicial, é objeto da dimensão empírica da dogmática. A respeito, Pablo Navarro destaca que estabelecer se um determinado conjunto normativo é eficaz em um tempo T requer uma investigação empírica acerca do comportamento dos indivíduos do grupo social no tempo T; entretanto, determinar as condições de verdade dos enunciados que predicam eficácia de um conjunto normativo é uma tarefa conceitual. NAVARRO, Pablo. Validez y eficacia de las normas jurídicas. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco (Org.). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 210.

dimensões da dogmática jurídica, delineadas por Alexy, são vistas, no presente contexto, em termos de modelos (e suas respectivas funções).

Nessa senda, Tercio Sampaio Sampaio Ferraz, de seu turno, distingue, a partir da decidibilidade como problema básico da dogmática, três modelos dogmáticos: analítico, hermenêutico e empírico.⁸⁵ O modelo analítico toma a decidibilidade como necessidade de determinação das condições de adequação das relações entre hipóteses de conflito e hipóteses de decisão, a partir de proposições capazes de operacionalização ou compatibilização entre tais relações. O modelo analítico, assim, corresponde à sistematização de normas para a obtenção de decisões possíveis. Este modelo executa sua função heurística privilegiando a função organizatória (sistematização e classificação). Tal modelo presta-se à sistematização no sentido de oferecimento de critérios para a standardização e classificação de casos jurídicos hipotéticos (e/ou de suas propriedades relevantes). Desse modo, o modelo dogmático serve para garantir a capacidade de decisão para cada caso jurídico (e não para a produção de um efeito concreto na realidade externa ao sistema jurídico).⁸⁶ Isso decorre da circunstância de que o modelo analítico toma o sistema como ponto de partida, em direção à realidade externa a ele; como vetor explícito para fins de unificação de critérios (universalizáveis) de decidibilidade e, de conseguinte, para a reconstrução do sistema jurídico como unidade, no intuito de proporcionar uma congruência dinâmica entre os mecanismos de controle.

O modelo hermenêutico, por seu turno, toma a decidibilidade do ângulo de sua relevância significativa, como relação entre hipótese de conflito e hipótese de decisão, tendo em vista o seu sentido. Este modelo, assim, confere o suporte à atividade dogmático-interpretativa, construindo-se, conforme Sampaio Ferraz, como um modelo teórico compreensivo do comportamento humano (abstração de conflitos, definidos em termos juridicamente interpretáveis e decidíveis). Este modelo executa sua função heurística privilegiando a função avaliativo-semântica. O modelo hermenêutico perspectiva a decidibilidade - como criação das condições de possibilidade decisória - a partir da necessidade de existência de uma interpretação (sentido) preponderante, que ponha um fim prático à cadeia das múltiplas possibilidades interpretativas. Significa dizer: o modelo intenta oferecer critérios objetivos de correção às decisões interpretativas, intento este que, evidentemente, não tem a pretensão de oferecer critérios para toda e qualquer escolha decisória dentre as múltiplas possibilidades interpretativas exsurgentes de determinadas textos

⁸⁵ FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 120.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 130.

normativos. O modelo hermenêutico confronta-se com a necessidade de internalização do problema das consequências externas ao sistema jurídico, colocando-as em termos de efeitos jurídicos das decisões juridicamente fixadas, como modo de reconstruir o vetor que parte das consequências para o sistema quando a decidibilidade é vista a partir do ângulo de sua relevância significativo-teleológica. Conforme Sampaio Ferraz, a função do modelo dogmático, assim, reside no relacionamento de relações de aplicação do direito, isto é, na construção das condições do juridicamente possível, correspondente à construção de casos jurídicos hipotéticos.⁸⁷

O modelo empírico, por fim, toma a decidibilidade - “transmutação de incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis” - como uma questão de condições empíricas de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético, condições estas buscadas na estrutura da situação, que o modelo intenta generalizar. O modelo empírico, então, confere suporte ao procedimento de decisão jurídica, constituindo-se como modelo explicativo da conduta enquanto controlada por normas. Este modelo executa a função heurística privilegiando a função pragmática de previsão. As construções dogmáticas das correlações entre casos genéricos e soluções normativas permitem a sistematização dos conflitos segundo critérios de relevância jurídica. Tais construções fornecem os elementos para a qualificação jurídica dos fatos submetidos à apreciação decisória e, por conseguinte, fornecem os elementos capazes de dar consistência jurídica à prova dos fatos. O modelo empírico, no intuito de possibilitar a decisão, serve de parâmetro para traduzir a vinculação do decisor à ordem jurídica especialmente no tocante à qualificação jurídica de fatos, à luz de critérios de relevância destes fatos.⁸⁸ Tal modelo, colocando-se de forma intermediária entre as premissas e as consequências, também serve de veículo capaz de proporcionar uma congruência estável entre os mecanismos jurídicos de controle social, limitando-os às possibilidades de variação na relação de aplicação cujos polos (normas e casos) são contingentes (diversas possibilidades de construção de casos e diversas possibilidades de positivação e de significação das normas). Assim, quando ambos os polos (normas e casos) da relação de aplicação do direito revelam-se contingentes, a própria relação de aplicação torna-se contingente (diversas possibilidades de aplicação das normas jurídicas): a dogmática adquire função social como instrumento estabilizador desta dupla contingência, em termos de delineamento de critérios de relacionamento entre os polos (normas e casos) da relação de

⁸⁷ FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 158.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 169.

aplicação do direito⁸⁹, como controle da variabilidade das possibilidades jurídico-aplicativas. Dentro desse contexto, pode-se dizer que a dogmática ostenta um caráter que Sampaio Ferraz chama de “criptonormativo”: com efeito, “la sistematización de un cierto material normativo es una tarea central, pero que no constituye un fin em si mesma, sino un medio para realizar lo que constituye su función social más relevante: suministrar criterios para la aplicación, interpretación y modificación del derecho”.⁹⁰

2.3 POSTULADOS DA CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DE MODELOS

A dogmática ostenta uma faceta destacamente tecnológica,⁹¹ e tal característica corresponde ao primeiro postulado da construção dogmática de modelos. Em sua faceta de tecnologia de decidibilidade de conflitos, o pensamento dogmático tem como problema fundamental a necessidade de interrupção da possibilidade de indagação, no sentido de que a tecnologia fixa seus pontos de partida e problematiza apenas a sua aplicabilidade na solução de conflitos. Assim, os enunciados dogmáticos põem-se a serviço da problemática da realizabilidade prática de modelos de comportamento e, até determinado ponto, das consequências da sua realização para a vida social. Como pensamento tecnológico, a dogmática racionaliza a experiência jurídica, a partir da explicitação da implicitude embebida em tal experiência; para tanto, “é preciso obter-se decisões sobre fins e meios não-dedutíveis do próprio saber dogmático, embora conseguidas em consideração dele”.⁹² Segundo Sampaio Ferraz, as questões da dogmática (postas “fora de dúvida”, para que os pontos de partida funcionem como dogmas) “podem também ser submetidos a um processo (zetético) de questionamento através do qual se exige uma fundamentação e uma justificação”⁹³,

⁸⁹ FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 99.

⁹⁰ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel, 2007. p. 44.

⁹¹ FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 89.

⁹² Ibidem, p. 90.

⁹³ Ibidem, p. 92. Assinala o autor que a dogmática não se exaure na tarefa de interpretação, construção e sistematização de modelos, numa análise de todos os processos que integram a técnica jurídica. Assim, “quando dizemos que a dogmática jurídica é um pensamento tecnológico, não devemos confundi-la com a atividade jurisdicional de modo amplo - o trabalho de advogados, juízes, promotores, pareceristas - num sentido de técnica jurídica. A técnica é um dado importante, mas não é a própria dogmática”. Ibidem, p. 94. Acrescentamos: a técnica jurídica não é a própria dogmática porque seus modelos buscam a unidade prático-funcional entre técnicas e valores, e é esta busca de unidade prático-funcional entre técnicas e valores que caracteriza a dogmática como pensamento tecnológico. O ponto é importante para se evitar que a noção de pensamento tecnológico seja vista como pensamento refratário a valores.

objetivando, por meio do estabelecimento de novas conexões, condicionar a obtenção de decisão e a orientação da ação.

Estreitamente vinculado à característica da dogmática como pensamento tecnológico está, no que toca à construção de modelos, o postulado da inegabilidade dos pontos de partida: a decidibilidade depende da interrupção da indagação (por fundamentos) para fins de fixar pontos de partida cuja problematização dar-se-á quando da perquirição acerca de sua aplicabilidade como solução aos casos jurídicos. Essa questão guarda uma relação de paralelismo com aquela, discutida no âmbito da teoria do direito, acerca da regra de reconhecimento hartiana como critério de identificação de normas válidas: (1) para justificar uma ação não é suficiente mencionar uma norma, é necessário usá-la; (2) o questionamento “porque devo obedecer esta norma?” remete a outra norma, perante a qual sempre cabe formular o mesmo questionamento: a série de perguntas pelo fundamento é infinita (frente a qualquer norma pode-se reiterar a indagação; os juízes podem, por exemplo, indagar a razão para obedecer a regra de reconhecimento). Assim, se alguém, em determinado ponto da cadeia de indagação, pretende saber o que deve fazer, deverá usar uma norma, e não indagar acerca do fundamento para obedecer a esta norma,⁹⁴ e essa é a razão da imprescindibilidade dos critérios conceituais de identificação do sistema jurídico (e de suas normas), critérios estes cujo delineamento viabiliza, a partir deles, a diferenciação dos modelos dogmáticos como metalinguagem em relação às normas jurídicas como linguagem-objeto. Significa dizer: tendo em vista a inegabilidade dos pontos de partida das séries de indagações acerca dos fundamentos das normas é que o “pensamento dogmático guarda sua unidade pela referência ao problema da decidibilidade”.⁹⁵ Por isso que a interrupção da indagação conecta-se com a determinação de critérios conceituais de identificação de normas jurídicas.

A funcionalidade dos modelos dogmáticos, portanto, depende de critérios conceituais correspondentes a pontos de partida excludentes da perquirição por fundamentos das normas, critérios que possibilitam a abstração, ínsita aos modelos, exigida pela função social da dogmática jurídica, porquanto a decidibilidade só tem sentido como seu problema central a partir da conceptualidade como linguagem de sobrenível em relação aos textos normativos. Nesses moldes “a dogmática deriva da vinculação a sua própria liberdade”: seus modelos aumentam incertezas de modo controlado, “a um grau de suportabilidade social tendo em

⁹⁴ BULYGIN, Eugenio. Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. *Alicante*, Doxa, n. 09, 1991. p. 274.

⁹⁵ FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 95.

vista a decidibilidade de conflitos”.⁹⁶ Esse aumento das incertezas ocorre de modo que “elas sejam compatíveis com duas exigências centrais do sistema jurídico: a vinculação a normas e a pressão para decidir em caso de um conflito dado”.⁹⁷ A dogmática, nesses moldes, configura-se como discurso legitimador de mediação - como controle racional, portanto - entre a generalidade das normas e a singularidade dos casos concretos, mas em termos de mediação entre as normas como premissa de decisão e a tomada de decisão a respeito de um caso jurídico, à luz de critérios conceituais que acabam se identificando como condições de controle racional. Essa é a razão pela qual a decidibilidade confere sentido à função social da dogmática como construção de modelos de tomada de decisão jurídica, modelos que se interpõem entre as normas como premissas de decisão e o caso objeto de decisão.⁹⁸ Os modelos dogmáticos, assim, correlacionam autolimitação com virtualidades de abstração (flexibilidade em relação às normas a que se reporta a autolimitação), abstração por meio da qual “o material jurídico é elaborado e controlado num plano que se situa para além daquele em que esse material se apresenta de imediato como dado, aí mesmo sendo preparado por forma a tornar-se aplicável aos casos da vida”.⁹⁹ Nesse sentido é que a modelagem dogmática conecta-se com a própria configuração do caso jurídico, e desse modo opera um “corte” na sequência ininterrupta dos fatos considerados no processo explicativo das ciências em geral, e das ciências sociais em particular. Conforme João Baptista Machado, três são as razões pelas quais se dá tal “corte” no modelo de decisão jurídica: a) razão de ordem normativa; b) razão de ordem pragmático-funcional; e c) pela necessidade de recorrer à noção de imputação jurídico-subjetiva.¹⁰⁰

Por fim, a construção dogmática de modelos vincula-se à viabilização das condições do juridicamente possível, a partir da visualização do ordenamento jurídico como mecanismo

⁹⁶ FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 97.

⁹⁷ FERRAZ JUNIOR, loc. cit.

⁹⁸ Por isso é que os modelos dogmáticos não se caracterizam como simples “eixos de mediação” entre normas e fatos (nem a simples “técnicas de subsunção”): conforme Sampaio Ferraz (*ob. cit.*, p. 99), “sua função repousa, outrossim, no controle da consistência de decisões tendo em vista outras decisões; em outras palavras, no controle de consistência da decidibilidade, sendo, então, a partir dela que se torna viável definir as condições do juridicamente possível”.

⁹⁹ MACHADO, 2008, p. 369.

¹⁰⁰ Baptista Machado expõe que cabe à ordem jurídica exprimir o que é exigível: procura, portanto, submeter os fatos a normas (intenção modeladora) e não subordinar estas à força dos fatos (pura adaptação) - razão de ordem normativa. Por outro lado, a resolução de conflitos exige o atendimento a certos critérios determináveis (com reconhecimento da relevância somente daqueles argumentos inseridos no contexto normativo assim delimitado), e que seja possível a tutela jurídica de determinados interesses - razão de ordem pragmático-funcional. Por fim, o discurso jurídico erige o sujeito de direito como categoria central para a imputação e atribuição de direitos, deveres, obrigações, pretensões, sujeições, faculdades, competências, poderes, ônus e responsabilidades como marco nuclear para a conversão de problemas sociais em problemas jurídicos - necessidade de recorrer à noção de imputação jurídico-subjetiva. *Ibidem*, p. 261.

de coordenação entre as normas, a institucionalização e os instrumentos identificadores (e garantidores) de sentido socialmente cognoscível: o ordenamento jurídico, nesses moldes, corresponde ao mecanismo coordenador de expectativas normativas de comportamento generalizadas congruentemente em relação a instituições, normas e identificações sociais de sentido, congruência seletiva de expectativas normativas generalizadas que torna a ordem jurídica institucionalmente diferenciada e autônoma no âmbito das estruturas dos sistemas sociais em geral. Essa diferenciação corresponde à capacidade seletiva e de compatibilização da ordem jurídica quanto às expectativas de conduta que são normativamente generalizadas na dimensão temporal (duração às expectativas normativas), dimensão social (institucionalização como mecanismo de substituição de efetivos consensos sociais, de obtenção impossível) e na dimensão do conteúdo das expectativas (unidade e conexão de sentido às expectativas normativas objeto de institucionalização seletiva). A partir desse contexto, a dogmática jurídica em geral (e a processualística em particular) coloca-se como uma “instância instrumental de viabilização do direito, na medida em que atua como veículo de alta abstração capaz de proporcionar uma congruência estável entre os mecanismos de controle social, mesmo quando, aparentemente, eles não se afinam”;¹⁰¹ a dogmática, assim, não se confunde com a ordem jurídica e suas normas, nem com as expectativas normativas, nem com as instituições, e nem com os valores, porquanto “ela os atravessa todos diagonalmente, possibilitando uma identificação do direito contra as incongruências de fato”.¹⁰²

Em última análise, a viabilização das condições do juridicamente possível pode, diante do exposto, ser dissociada em dois níveis de análise: a) no tocante aos modelos como critérios conceituais de identificação de normas jurídicas; e b) no tocante aos modelos como critérios de tomada de decisão jurídica.

¹⁰¹ FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 117.

¹⁰² Ibidem, p. 117. Segundo Sampaio Ferraz, a função da dogmática “é preenchida de vários modos, como, por exemplo, pelo estabelecimento de princípios para a compreensão da congruência, de guias de ação na aplicação do direito, na hierarquização das fontes, permitindo, assim, a integração de normas e instituições pela determinação de finalidades programáticas, pela constituição de premissas e postulados da argumentação jurídica, o que conduz à identificação de requisitos razoáveis da ordem jurídica, etc.”. Ibidem, p. 117.

3 FORMALISMO-VALORATIVO COMO MODELAGEM DA EXPERIÊNCIA JURÍDICO-PROCESSUAL

O tema do formalismo processual serve de marco referencial para a análise da função social da processualística, em especial o conceito de “formalismo-valorativo” delineado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.¹⁰³ Para tanto, abordar-se-á a temática no contexto da função social da processualística como construção de modelos da experiência jurídico-processual, dissociando-se três sentidos para o formalismo-valorativo: a) como a própria modelagem da experiência jurídico-processual; b) como tecnologia de decidibilidade de conflitos (ou modelo de tomada de decisão judicial); e c) como modelo dogmático de relacionamento entre os planos da ordem jurídica (plano processual e plano material). Nesse sentido, mostra-se necessário, para este desiderato, correlacionar o formalismo jurídico (em geral) com a dogmática processual e, além disso, especificar a noção de “valores jurídicos” (a justificar a locução “formalismo-valorativo”).

3.1 A CONSTRUÇÃO DE MODELOS DA EXPERIÊNCIA JURÍDICO-PROCESSUAL: o formalismo-valorativo

A expressão “formalismo jurídico” possui diversos sentidos. Como primeira aproximação ao tema, pode-se dizer que um aplicador jurídico ou um juiz seria formalista quando ele decide tratando como inexistente uma determinada escolha decisória existente (por dissimulação, erro ou ignorância). Quando não se trata de erro ou ignorância, o aplicador jurídico ou o juiz, conscientemente, sabe que a decisão envolve uma escolha fornecida ou deixada em aberto pelo sistema jurídico, mas resolve não incluir qualquer justificação pela opção feita no seu cálculo decisório, atuando como se o sistema determinasse, de forma unívoca, uma única solução correta.¹⁰⁴ Assim, formalista seria aquele decididor que não

¹⁰³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. Alvaro de Oliveira faz a distinção entre fatores externos ao formalismo (destacando o valor justiça, o valor segurança, o valor paz social e o valor efetividade) e bases internas do formalismo (destacando o procedimento, o fator temporal e o contraditório); correlaciona formalismo e sujeitos processuais (formalismo e órgão judicial-formalismo e partes); e confronta formalismo com o valor justiça e a política judiciária.

¹⁰⁴ STRUCHINER, Noel. Formalismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 364.

inclui, dentre os argumentos justificatórios, razões para decidir de uma ou outra maneira; apenas menciona a norma e a decisão, como se a norma não fosse problemática,¹⁰⁵ ou decide a partir da pressuposição de que as normas nunca são - e nunca possam vir a ser - problemáticas quando de sua aplicação aos casos.

“Formalismo jurídico” pode apresentar os seguintes conteúdos descritivos (sem pretensão de exaustividade): a) como uma posição sobre a estrutura e a composição da ordem jurídica (formalismo estrutural); b) como a negação de uma escolha decisória quando ela de fato existe (formalismo metodológico); c) como falta de opções oferecidas pelo sistema jurídico, no sentido de um concebível sistema rígido e insensível às sutilezas do mundo externo, sem oferecimento de escolhas e possibilidades decisórias, exigindo interpretação apenas literal de suas normas, e sem a incorporação de mecanismos ou instrumentos de flexibilização no caso de sobreinclusão ou subinclusão de suas regras (nessa hipótese não se fala de formalismo como não-reconhecimento de uma escolha existente, já que nesse hipotético sistema rígido não há opções); d) como a não-consideração de aspectos políticos (ou econômicos ou morais ou aspectos de outra índole extrasistemática) na decisão judicial; e) como a não-utilização de argumentos consequencialistas na decisão judicial; e f) como a ideia de que as decisões jurídicas devem ser tomadas de forma mecânica e de que a aplicação mecânica das normas é justa (ou justificada).¹⁰⁶

O formalismo envolve uma postura antagônica em relação ao ceticismo ante as normas jurídicas: a tese que sustenta que não existem casos jurídicos difíceis corresponde ao formalismo jurídico, e a tese que nega a existência de casos jurídicos fáceis corresponde ao ceticismo jurídico.¹⁰⁷ Assim, o decididor formalista rechaça qualquer argumento baseado em propriedades que não tenham sido explicitamente reputadas como relevantes pela autoridade emissora de normas. Por outro lado, o decididor cético sempre estima que o caso objeto de decisão deve ser resolvido mediante uma decisão diferenciada (ou particularizada), e essa solução corresponde à decisão juridicamente correta ao caso, com independência das propriedades tidas por relevantes pela autoridade emissa das normas. Sob tal ótica, o juiz

¹⁰⁵ STRUCHINER, 2006, p. 365. Assim, segundo Struchiner, o formalista ou bem é dissimulado (em relação às possibilidades decisórias) ou na melhor das hipóteses possui um compromisso ontológico duvidoso sobre a relação entre linguagem e mundo: é essencialista e trata todas as palavras como se fossem tipos ou classes naturais e, conseqüentemente, tem a crença de que os conceitos sempre apresentam uma aplicação inequívoca.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 365.

¹⁰⁷ Segundo o positivismo de Herbert Hart, os casos fáceis (ou “claros”) dizem respeito a casos familiares que se repetem de forma constante em contextos semelhantes, a respeito dos quais existe acordo geral sobre a aplicabilidade dos termos classificatórios constantes das normas; os casos difíceis, por outro lado, dizem respeito àqueles em que ocorre uma “crise na comunicação”, não existindo acordo nas classificações que constituem o fundamento de aplicação das normas (o que rende ensejo à discricionariedade decisória acerca da qualificação jurídica da conduta incluída no caso).

formalista corresponde àquele que não adota uma postura particularista em relação à decisão dos casos, ao contrário do cético, eminentemente particularista.

Nesse sentido, a postura formalista do juiz ante as normas jurídicas envolve uma atitude de desconexão do alcance da norma com as razões a ela subjacentes; é dizer: não é necessário nem suficiente, para que uma norma resolva um caso, a consideração a respeito das razões subjacentes àquilo que decorre do significado literalmente atribuível à formulação normativa. O formalista, então, converte em definitórias as características mais notáveis dos casos, tornando-as indisputáveis e paradigmáticas; deste modo, os “casos imprevistos” são facilmente resolvidos, já que ou se enquadram no alcance da norma ou não se enquadram. As características normais que apresentam os casos paradigmáticos convertem-se em critérios (condições necessárias e suficientes) para a aplicação da norma. A postura formalista oferece soluções aos casos imprevistos ou “inesperados” decidindo “cegamente” sobre circunstâncias que requerem uma nova avaliação no âmbito dos propósitos, objetivos ou razões para estabelecer normas, avaliação esta que, na hipótese de ser feita em relação a todo caso a ser autoritativamente decidido, redundando na postura oposta ao formalismo, ou seja, consideração das razões subjacentes às normas, tidas por aplicáveis, em todo caso posto sob decisão.¹⁰⁸

A partir do exposto, o formalismo-valorativo,¹⁰⁹ pode ser perspectivado como um modelo de reconstrução dogmática da experiência jurídico-processual, modelo cujo intento é interpor-se entre as aludidas posturas (formalistas e particularistas). De modo mais específico, pode-se dizer que o formalismo-valorativo consubstancia um modelo de racionalização conceitual da experiência jurídico-processual a partir do qual se constroem outros modelos dogmáticos. De tal construção é que exsurge a função social da processualística, que, como dito, diz respeito à reconstrução conceitual.

¹⁰⁸ No contexto atinente a posturas antagônicas (formalismo vs. particularismo), pode ser delineada a distinção entre alcance e força da norma: o alcance é uma função dos casos que a norma regula e a força corresponde à aptidão da norma para justificar uma decisão nos casos por ela regulados. A partir de tal distinção, pode-se concluir: ainda que estejamos de acordo acerca do alcance de uma norma (casos por ela regulados), é possível discrepar sobre sua força na justificação da solução de um caso particular.

¹⁰⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira assinala que “o formalismo, ou forma em sentido amplo, não se confunde com a forma do ato processual individualmente considerado; diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 137, 2006. p. 8. O autor expõe ainda, que “a forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento”. OLIVEIRA, loc. cit.

A respeito da reconstrução racional, ínsita à modelagem dogmática, importa fazer alusão às três classes de conceitos jurídicos: na classe A encontram-se as expressões de maior abstração (os predicados deônticos “permitido”, “proibido”, “facultativo” e “obrigatório”); na classe B encontram-se as expressões que ultrapassam os campos particulares das disciplinas dogmáticas (cruzam os domínios disciplinares, como os conceitos de “direito subjetivo” e o de “dever jurídico”); por fim, na classe C encontram-se as expressões correlacionadas à autonomia das disciplinas dogmáticas, como conceitos que apóiam sua referência a normas cuja órbita de aplicabilidade é específica.¹¹⁰ A propósito, essa dissociação serve para mostrar que o objeto de conhecimento jurídico não é independente dos aparatos conceituais decorrentes dos modelos construídos pela dogmática: assim, a reconstrução de quais são as normas aplicáveis a um caso depende do aparato conceitual decorrente do modelo dogmático utilizado, assim como a perspectiva dogmática de um problema normativo envolve a pressuposição de determinada noção de sistema jurídico, como anteriormente destacado. Desse modo, e a título de ilustração da função dos modelos dogmáticos, antes da determinação da resposta jurídica para um determinado caso, é necessário identificar normas e suas relações; essa determinação depende da utilização dos conceitos classe C. Concomitantemente a essa determinação, em regra é imprescindível a utilização dos conceitos para caracterizar e classificar o caso jurídico em certo sentido. A partir de tal caracterização do caso jurídico faz-se a eleição da norma aplicável. Os modelos dogmáticos, nesse sentido, prestam-se ao agrupamento de normas mediante a conexão de determinados antecedentes e consequentes normativos. A caracterização do caso jurídico a partir do aparato conceitual do modelo dogmático comporta consequências normativas concretas: por exemplo, da configuração do caso permite-se sua “passagem” para duas ou mais disciplinas dogmáticas ou torna o caso restrito à determinada disciplina. A utilização de conceitos classe B igualmente mostra a importância da mediação dogmático-conceitual em termos de distinção quanto às soluções jurídicas.

A processualística, no tocante à autonomia do plano processual, utiliza-se de conceitos classe C (como é, justamente, o caso das categorias conceituais atinentes à tutela jurisdicional: tutela mandamental, executiva, condenatória, declaratória e constitutiva); em termos de unidade entre os planos, utiliza-se de conceitos classe B (como é o caso de “direitos

¹¹⁰ LARIGUET, Guilherme. *Dogmática jurídica y aplicación de normas*. México: Fontamara, 2007. p. 91. Os conceitos da classe C, por seu turno, distinguem-se em: a) conceitos confinados estritamente a uma disciplina dogmática; b) conceitos distintos de duas ou mais disciplinas dogmáticas, porém relacionados; e c) conceitos distintos de duas ou mais disciplinas, porém não relacionados. As três classes de conceitos podem ser tematizadas como três níveis de abstração na análise conceitual: nível alto (conceitos classe A), nível intermediário (conceitos classe B) e nível baixo (conceitos classe C).

subjetivos”, para cuja proteção voltam-se as tutelas jurisdicionais). Nesse contexto, a função social da processualística revela-se pela articulação entre conceitos classe C, atinentes ao plano processual, e conceitos classe C, atinentes ao plano material, disso resultando a necessidade dos conceitos classe B como “conceitos de enlace” dos planos (o próprio conceito de tutela jurisdicional é um conceito de enlace).¹¹¹

O formalismo-valorativo, diante do exposto, envolve a modelagem dogmática do relacionamento entre os planos da ordem jurídica (plano processual e plano material). Destarte, o formalismo-valorativo conforma o feixe de significação a que se reporta a relação entre autonomia e conexão entre os planos do ordenamento jurídico. A autonomia pressupõe a existência de conceitos sistematicamente relacionados; a conexão pressupõe a existência de normas sistematicamente relacionadas.¹¹² E é da relação entre autonomia e conexão entre os planos que se delineia o conceito de aplicabilidade das normas jurídicas (Capítulo 8, 8.3). A idéia fundamental, pois, é a de que o uso de modelos dota de racionalidade o discurso jurídico, de molde a possibilitar o controle racional de enunciados jurídicos descritivos (do tipo “no caso C é aplicável a norma N”) ou prescritivos (do tipo “no caso C deve ser aplicável ou aplicada a norma N”).

O que se pretende destacar é que o formalismo-valorativo processual apresenta as funções atribuídas aos modelos dogmáticos em geral como, por exemplo, a função de conferir precisão ao antecedente da norma (suporte fático) a partir do qual se torna possível construir casos caracterizados por determinadas propriedades. Assim, a interpretação de determinada variável ou propriedade constante do suporte fático como uma condição de aplicação suficiente ou não suficiente (para a implementação de determinada consequência normativa) é relevante para determinar se o *status* deontico de uma conduta. E a interpretação da variável como condição de aplicação suficiente ou não suficiente utiliza-se de modelos no momento de reconstruir o problema normativo, incluindo seu contexto fático e as normas aplicáveis. Esta tarefa mostra-se relevante, no que diz respeito ao formalismo-valorativo, para identificar as normas processuais de cujo agrupamento sistematizador depende a reconstrução conceitual do plano do direito processual. Nesse sentido, o lugar da processualística, no que diz respeito à

¹¹¹ Há outros conceitos que, embora eminentemente processuais, servem, de forma inequívoca, ao “enlace” entre os planos, como é o caso dos conceitos de causa de pedir e coisa julgada.

¹¹² A respeito do tema, é corrente a afirmação de que o sistema normativo é modelado pela conceptualidade dogmática, sendo, portanto, produto da tarefa interpretativa realizada a partir de conceitos e teorias jurídico-dogmáticas. Sobre o ponto, Ricardo Caracciolo aduz que “en cualquier caso un enunciado de la forma ‘N tiene el significado S’ aparece como un enunciado normativo básico, com independência de que se convenga denominar ‘norma’ a la expresión lingüística o a su significado. La dogmática jurídica se adjudica justamente la función de emitir tales enunciados”, CARACCILO, Ricardo. *El derecho desde la filosofía*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2009. p. 137.

função social da dogmática jurídica, revela-se não somente em face da sistematização das normas processuais, mas também em virtude da circunstância de que em toda aplicação judicial do direito está presente um caso para cuja solução uma determinada reconstrução conceitual da experiência processual - aqui identificada como “formalismo-valorativo” - faz-se presente. Nesse norte, o formalismo-valorativo tem o propósito de correlacionar critérios conceituais e propósitos valorativos, aqueles (critérios) que tornam possível a implementação prática destes (propósitos).

3.2 FORMALISMO-VALORATIVO E TECNOLOGIA DE DECIDIBILIDADE DE CONFLITOS

“Formalismo-valorativo” pode ser visto como modelo de tomada de decisão judicial, ou, noutro vértice, como tecnologia de decidibilidade de casos juridicamente configurados no plano do direito processual, em termos de reconstrução racional da margem de atuação judicial, enquanto conduta controlada por normas processuais.

No tocante ao ponto, Frederick Schauer delineou quatro modelos de tomada de decisão jurídica, a partir da caracterização das regras como generalizações prescritivas:¹¹³ particularismo puro, particularismo sensível às regras, positivismo presumido e formalismo. O modelo particularista puro (no extremo oposto ao formalismo) consubstancia aquele em que as exemplificações contidas nas regras não se mostram entrincheiradas em relação à justificação subjacente, que se aplica de “forma direta” em todos os casos em que os resultados da aplicação das generalizações se mostrarem divergentes dos resultados da aplicação da justificação (resultando na consideração, em todas as hipóteses, de tudo aquilo

¹¹³ SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego*. Madrid: Marcial Pons, 2004. Schauer caracteriza as regras como generalizações prescritivas cujo predicado fático seleciona a propriedade tida por causalmente relevante para a realização de uma finalidade/valor, que consubstancia, assim, a justificação subjacente à generalização contida no predicado fático da regra. A seleção da propriedade tida por causalmente relevante para a realização de uma finalidade/valor dá azo ao caráter sobreinclusivo ou subinclusivo das regras, que diz respeito à relação de não-correspondência entre o conteúdo prescritivo e sua justificação subjacente: tal prescrição revela-se ora como incorporando propriedades a menos do que seria necessário para corresponder à justificação subjacente, ora como incorporando propriedades a mais do que seria necessário para que a prescrição corresponda à justificação subjacente. A divergência extensional entre a exemplificação correspondente à generalização prescritiva e a justificação subjacente à regra pressupõe que o significado da exemplificação não é coextensivo ao significado da justificação: as regras gozam de autonomia semântica em relação à sua justificação, porquanto o significado da exemplificação não se explica completamente por referência aos propósitos da regra. Esse ponto é fundamental para a compreensão acerca do formalismo, e de que como ele se assenta como referência à função social da processualística.

que o decisor considera relevante a respeito das “particularidades do caso concreto”). O modelo formalista (que se coloca no extremo oposto ao particularismo) corresponde àquele em que o decisor, em todas as hipóteses, mantém entrincheiradas as generalizações das regras em relação à justificação subjacente, mesmo nos casos em que a decisão, entrincheiramente emitida, frustra a realização da finalidade ou do valor corresponde à justificação subjacente à regra que serviu de razão de decidir. O modelo do particularismo sensível às regras (como modelo intermediário) caracteriza-se como distinto do modelo do particularismo puro na medida em que a existência da regra é considerada como uma razão a ser levada em consideração quando os resultados indicados pela generalização prescritiva se mostrarem divergentes daqueles indicados pela aplicação direta de sua justificação subjacente; o particularismo sensível às regras, assim, leva em consideração tanto a justificação substantiva correspondente ao propósito subjacente à regra, quanto a justificação gerada pelas próprias regras (no sentido de levar em consideração a vantagem de ter os casos resolvidos mediante regras). Por fim, o modelo do positivismo presumido (modelo igualmente intermediário) requer tanto que se leve em consideração a vantagem de ter os casos resolvidos mediante regras (justamente para impedir o recurso, em todas as hipóteses, à aplicação direta da justificação subjacente), como requer que a avaliação da força das justificações geradas pelas regras não fique somente na dependência daquele que toma a decisão: em tal modelo, mostra-se possível apartar-se, pontualmente, do conteúdo prescritivo da regra desde que, em assim não fazendo, o decisor cometeria um erro de magnitude particularmente grave, ou, noutro giro, redundaria em resultado notoriamente absurdo. Segundo Schauer, este é o modelo que capta adequadamente as vantagens de tomar decisões mediante regras.

Propõe-se, pois, identificar o formalismo-valorativo processual com o modelo de tomada de decisão que Schauer, no âmbito jurídico-institucional em geral, denomina de “positivismo presumido”, mostrando-se extensionalmente divergente em relação ao particularismo puro e ao particularismo meramente sensível às regras (processuais civis), bem como em relação ao formalismo.¹¹⁴ Assim, formalismo-valorativo corresponde ao modelo que

¹¹⁴ O formalismo aludido no texto, como modelo distinto do formalismo-valorativo, corresponde ao “formalismo excessivo” aludido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “pode acontecer, contudo, e esse é o âmago do problema, que o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio. Neste caso o formalismo se transforma no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial”. OLIVEIRA, 2006, p. 19. Importa frisar que o particularismo puro e o formalismo (excessivo) são dois pontos diametralmente opostos dentro de uma escala que funciona em uma espécie de *continuum*. O formalismo-valorativo, assim, intenta dar conta, fundamentalmente, não da questão “ser ou não ser formalista?”, e sim da questão “qual o grau de formalismo (socialmente desejável)?”.

propugna, quando da tomada de decisão judicial, o respeito ao entrincheiramento formal decorrente das regras processuais, sem que tal entrincheiramento formal revele-se insensível, em todos os casos, às justificações subjacentes (valores) às regras, porquanto tais justificações podem apresentar uma força tal que infirme as razões correspondentes à manutenção do entrincheiramento formal que caracteriza o processo civil enquanto procedimento de tomada de decisão - disciplinador da atuação dos sujeitos processuais - que veicula tutela jurisdicional.

O entrincheiramento formal tem a seu favor determinadas razões que servem de apoio à implementação de valores, e essa circunstância justifica, segundo a proposta conceitual aqui exposta, a correspondência entre o modelo do positivismo presuntivo de Schauer com o modelo do formalismo-valorativo. O respeito às regras processuais que tornam entrincheirado o procedimento civil tem aptidão de facilitar a obtenção de resultados mais equitativos, porque da generalidade prescritivas das regras decorre a consistência que viabiliza o tratamento semelhante aos casos semelhantes (equidade como tratamento isonômico). O entrincheiramento formal, sobremais, tem aptidão para a promoção do valor confiança, ao fomentar o caráter previsível dos resultados, haja vista que as generalizações prescritivas contidas nas regras permitem a redução de incertezas, possibilitando que a autoridade normativa e o destinatário realizem as mesmas categorizações exurgentes do predicado fático da regra. O modelo de tomada de decisão judicial, na caracterização aqui considerada, tem como razão de apoio, outrossim, a promoção do valor eficiência, ao permitir a melhor distribuição de recursos (*lato sensu*) para a tomada de decisão, uma vez que suprime certos fatores da consideração por parte do decisor (facilitando sua tarefa ao eliminar a necessidade de certas perquirições quando da decisão, aumentando a capacidade decisória com menor dispêndio de tempo, recursos e esforços). Referido modelo, ainda, mostra aptidão para evitar a emissão de decisões díspares a respeito de determinadas matérias e, nesse sentido, ostenta aptidão para promover o valor estabilidade, diminuindo o espectro de potenciais decisões ao suprimir a capacidade dos decisores para apartar-se de determinadas categorias impostas com anterioridade, auxiliando a manutenção de expectativas sociais. Por fim, o entrincheiramento formal do processo civil (correspondente ao positivismo presumido de Schauer) revela aptidão para distribuição do poder, na medida em que retira, ao menos em parte, o poder dos decisores (juízes) para levar em consideração qualquer fator tido por (potencialmente) relevante: tal supressão (parcial) de poder justifica-se a partir da possibilidade de que os decisores cometam erros de apreciação. Essa distribuição de poder dá-se nas dimensões temporal, vertical e horizontal, ao determinar quem pode decidir certa

questão em determinado momento, funcionando, assim, como um mecanismo de simplificação em termos de cooperação e coordenação social: o formalismo processual, voltado à implementação dos valores aludidos, vincula-se à coordenação das atividades dos sujeitos processuais e, por conseguinte, à controlabilidade destas atividades, notadamente em relação à decisão judicial. Não se pode olvidar, por outro lado, que a própria idéia de tomada de decisão baseada em regras implica a aceitação de determinada quantidade de resultados subótimos correspondentes à área de sub ou sobreinclusão das regras, área de divergência extensional com suas respectivas justificações subjacentes.¹¹⁵ A discrepância entre aquilo que se encontra justificado pela generalização e o que se encontra justificado por suas razões subjacentes é o fator determinante da respeitabilidade da generalização prescritiva¹¹⁶ e, de conseguinte, da caracterização da especificidade do modelo do positivismo presumido de Schauer e, pois, do formalismo-valorativo processual.

Nesse sentido, cumpre registrar que o reconhecimento de uma generalização prescritiva como uma regra implica o reconhecimento do entrincheiramento formal do processo na perspectiva de um comportamento linguístico-formal (e não psicológico) empiricamente controlável. Destarte, o formalismo-valorativo, na proposta conceitual aqui exposta, constitui um modelo adequado para explicar a circunstância de que o direito processual pretende controlar determinadas condutas (notadamente a conduta judicial) mediante regras. O entrincheiramento formal do processo associa-se, desse modo, à controlabilidade racional das decisões judiciais.

Nesse quadro de ideias, tem-se as seguintes implicações: a) o reconhecimento de que a generalização contida na regra processual (e no conjunto de regras que conforma o entrincheiramento da totalidade formal do processo) oferece uma solução para todos os casos compreendidos em seu alcance; se ela não determina a solução do caso, há b) a necessidade de conhecimento explícito das razões - mais gerais que o resultado que pretendem justificar - pela quais tal caso, compreendido no alcance da regra, não é solucionado mediante sua generalização, tendo em vista a exigência de satisfação da expectativa prática de que as generalizações prescritivas do direito processual tornam solucionáveis os casos nelas

¹¹⁵ SCHAUER, 2004, p. 279.

¹¹⁶ Significa dizer: não se reformula o conteúdo da regra em caso de discrepância entre aquilo que é requerido pela generalização prescritiva e aquilo que é requerido por sua justificação subjacente, ou seja, a regra mantém sua aplicabilidade, mesmo na hipótese de discrepância entre a generalização e sua justificação, ao contrário daquilo que Schauer chama de regras de experiência, cuja característica diz respeito ao fato de que, em caso de tal discrepância, elas não mantêm intacta sua aplicabilidade. Essa não-reformulação do conteúdo da regra identificada como aplicável ao caso, frise-se, não significa sua insuperabilidade quando da decisão judicial: significa que o conteúdo normativo da regra não fica na dependência do contexto individual de aplicação ou em função das características de cada caso individual.

compreendidos. Como visto, o modelo particularista de decisão nega que o oferecimento de uma razão-premissa (a generalização contida na regra) gere a expectativa (e o correspondente compromisso) de uma conduta específica a respeito de outros casos compreendidos no alcance da regra, justamente porque nega que a generalidade das considerações normativas formalmente aplicáveis imponha um compromisso que transcenda o resultado individual justificado em um caso particular.¹¹⁷ Ao contrário do modelo particularista, as regras geram entrincheiramento formal na medida em que exigem a expressão das razões que as superam em determinado caso. O formalismo-valorativo processual, portanto, para não se configurar como um modelo particularista de tomada de decisão judicial, se compromete com a exigência de coerência entre decisões a respeito de casos similares em relação a determinadas propriedades, que estão dadas pelo fato de ambos os casos se encontrarem no âmbito de aplicação da mesma regra. O compromisso com essa exigência é que permite ao modelo inviabilizar que o decisor (juiz) reconheça-se como sendo o agente responsável para, em todos os casos, estabelecer, ele próprio, quais são as propriedades juridicamente relevantes em termos de entrincheiramento formal do processo.

O que especifica o formalismo-valorativo como modelo de decisão judicial, destarte, diz respeito às condições ou critérios de superabilidade das regras processuais, na medida em que a presumida força das regras de entrincheiramento formal do processo¹¹⁸ pode ser infirmada quando a magnitude particularmente grave do resultado da aplicação da regra em caso de “experiência recalcitrante” (discrepância entre a generalização prescritiva e a justificação subjacente) justifica a superação, a ocorrer mediante a implementação de determinadas condições. Nessa senda, a ideia central é fornecer critérios justamente para que o formalismo-valorativo diferencie-se do particularismo e de um formalismo excessivo. Assim, se o intento de fazer justiça particularizada (como valor substancial) em relação a um caso mediante a superação de uma regra processual não afetar a promoção da justiça generalizada (como valor formal) para a maior parte dos casos, a superação do entrincheiramento formal provoca mais benefício valorativo que prejuízo valorativo; se, ao contrário, o intento de justiça particularizada em relação a um caso mediante a superação da

¹¹⁷ Segundo Cristina Redondo, o compromisso prático de usar as generalizações prescritivas propostas pelo direito sem negar a aplicabilidade de tais generalizações como regras (sem reformular seu conteúdo quando da aplicação, portanto) é um comportamento formal que mostra em que sentido as disposições do direito vigente ostentam caráter prático, comportamento este que, por ser formal nesse sentido, mostra-se empiricamente controlável. Conforme Redondo, o seguimento de regras em geral (e as processuais em particular) implica uma conduta linguística e formal em um discurso justificatório que nada diz acerca do efetivo procedimento psicológico levado a efeito na decisão. REDONDO, Cristina. Reglas ‘genuinas’ y positivismo jurídico. *Análisi e Diritto*, Genova, 1998. p. 271.

¹¹⁸ A preclusão é o exemplo paradigmático de regra de entrincheiramento formal do processo.

regra afetar a promoção da justiça generalizada (para a maior parte dos casos), a superação do entrincheiramento formal provoca mais prejuízo valorativo que benefício valorativo. Assim, há casos em que a decisão particularizada, proferida em discrepância com a generalização prescritiva contida na regra, não prejudica valorativamente a promoção da justificação subjacente à generalização, tampouco prejudica a promoção da segurança jurídica como valor formal que se identifica com a própria razão de ter casos regulados mediante regras processuais, em virtude da pouca probabilidade de reaparecimento frequente de situação similar (por dificuldade de ocorrência ou de comprovação). Por outro lado, há casos em que a decisão particularizada, proferida em discrepância com a generalização prescritiva contida na regra, prejudica valorativamente a promoção da justificação subjacente à generalização, bem como prejudica a promoção da segurança jurídica como valor formal, em razão de a circunstância particular apresentar elevado potencial de reaparecimento (com frequência), e sua apreciação/consideração individualizada render ensejo a um custo (*lato sensu*) deliberativo excessivo, não justificável pelo intento de realizar justiça particularizada a partir de superação de norma de entrincheiramento formal.¹¹⁹

O exposto demonstra que, à luz do formalismo-valorativo como modelo de tomada de decisão judicial, o grau de resistência (“força presumida”, segundo Schauer) à superação de uma norma processual vincula-se tanto à promoção valorativa da justificação subjacente à regra em questão (na condição de valor substancial específico à determinada regra processual) quanto à promoção valorativa da segurança jurídica (como valor formal identificado com a razão de ser do entrincheiramento formal do processo). Outrossim, o grau de promoção da segurança jurídica, como valor formal, vincula-se à possibilidade de reaparecimento frequente de situação similar. Assim, a resistência do entrincheiramento formal à superação será tanto maior quanto mais importante for a segurança jurídica como valor conformador da postura interpretativa atinente ao entrincheiramento. É dizer: a segurança jurídica será tanto mais importante quanto mais força ela apresentar como valor conformador da postura interpretativa acerca da matéria objeto de apreciação, à luz da consideração de que a rigidez formal será tanto maior quanto maior for a necessidade de generalização, e quanto menos valorativamente prejudicial for a decisão particularizada para a satisfação da expectativa prática atinente à exigência de coerência a respeito de casos similares em relação a propriedades relevantes.¹²⁰

¹¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 117.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 118. A noção de entrincheiramento formal é exposta no texto à luz daquilo que na teoria ética se chama de “consequencialismo de regras”, a partir do qual a existência das regras gerais justifica-se com base em considerações consequencialistas, mas as ações particulares, de seu turno, justificam-se por referência às regras gerais - com base em considerações não-consequencialistas, portanto. Em paralelo coloca-se a distinção entre a

Ademais, a segurança jurídica revela-se tanto mais importante quanto maior for sua vinculação com a justificação subjacente à regra, à luz da importância da segurança para o setor normativo no qual a regra se insere, e tendo em vista o grau de vinculação da justificação subjacente à regra com a promoção valorativa da segurança jurídica. Isso mostra como o formalismo-valorativo processual, *pari passu* à sua compreensão como modelo de tomada de decisão judicial, funciona como modelo de relacionamento entre os planos da ordem jurídica, porque o grau de rigidez (e de “força presumida”) do entrincheiramento formal está vinculado às normas (e às suas justificações subjacentes) do plano do direito material objeto de aplicação judicial.

Ainda, a resistência do entrincheiramento formal à superação será mais reduzida nas hipóteses em que a promoção valorativa da justificação subjacente à regra se mostrar indiferente à promoção valorativa da segurança jurídica, sendo, por outro lado, tanto maior a resistência quanto mais a superação do entrincheiramento formal comprometer a promoção valorativa da segurança jurídica, na medida em que o entrincheiramento consubstancia mecanismo de redução de incontrovérsias, de incertezas e de arbitrariedades, uma vez que intenta eliminar problemas de coordenação, de custos de deliberação e de conhecimento próprios aos modelos particularistas de decisão; como tecnologia de decidibilidade de conflitos, enfim. Por isso é que o grau de resistência do entrincheiramento é tanto superior quanto mais o intento de fazer justiça particularizada (mediante superação de regra processual) afetar a promoção valorativa da segurança jurídica (e, portanto, da justiça generalizada). Sobremais, o grau de resistência do entrincheiramento é tanto inferior quanto menos o intento de fazer justiça particularizada afetar a promoção valorativa da segurança jurídica (e, portanto, da justiça para a maior parte dos casos).

Todavia, o modelo de tomada de decisão, aqui considerado, não se limita aos critérios de superabilidade do entrincheiramento formal supra aventados.¹²¹ Com efeito, a superação deve corresponder a uma justificativa condizente, atinente à demonstração da discrepância entre a generalização prescritiva e a justificação subjacente à regra, com a demonstração de

justificação do sistema de regras e a justificação dos direitos de determinada pessoa no âmbito do sistema de regras: “the question of who, if anyone, is the object of an obligation/impossibility is a question of the entailments of the system of rules, not of the justification of the system of rules itself. When we seek the justification of an obligation to determine whether or not it is relational we seek the feature that does the work in the system as it is. We are not seeking a justification for the inclusion of this feature in the rule system”. RAINBOLT, George. *The concept of rights*. Dordrecht: Springer, 2006. p. 236. Sobre o consequencialismo de regras, HOOKER, Brad Hooker. *Ideal code, real world: a rule-consequentialist theory of morality*. Oxford: University Press, 2000. Aplicando o consequencialismo de regras às decisões judiciais, WASSERSTROM, Richard. *The judicial decision*. Stanford: Stanford University Press, 1961.

¹²¹ ÁVILA, 2004, p. 120.

que a superação não redundará em expressivo prejuízo valorativo à segurança jurídica. Ademais, à superação deve corresponder uma fundamentação condizente, mediante explicitação das razões jurídicas que permitem a superação, justamente para viabilizar, à luz do compromisso de coerência, o controle racional da conduta do decisor. Por fim, à superação deve corresponder uma comprovação condizente: não sendo necessárias, notórias nem presumidas, a ausência do aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade, e a inexistência de problemas de coordenação, altos custos de deliberação e graves problemas de conhecimento devem ser adequadamente demonstradas, e não meramente alegadas.

Nesse contexto, cumpre referir ainda, no tocante ao modelo de tomada de decisão judicial, as considerações de Ángeles Ródenas quanto ao positivismo presumido,¹²² de molde a especificar aquilo que Shauer denomina de “erro de uma magnitude particularmente grave” em não superar uma regra em determinado caso. Segundo Ródenas, a superação pode ocorrer quando o resultado da aplicação da regra não se compadece com o compromisso entre as razões de primeira ordem que conforma a justificação subjacente à regra, à luz das noções de exceção (quando se mostra ausente alguma consideração no juízo de prevalência existente entre as razões de primeira ordem) e de não-enquadramento do caso no alcance da regra, noções incluídas nos “erros de primeiro grau” (em que não se questiona o juízo de prevalência subjacente à regra).¹²³ O “erro de segundo grau”, por seu turno, diz respeito ao erro no próprio compromisso entre razões de primeira ordem subjacente à generalização prescritiva - refuta-se por errôneo o próprio juízo de prevalência que opera como justificação subjacente à generalização prescritiva, tendo em vista outros compromissos ou juízos de prevalência entre razões, implícita ou explicitamente existentes em outros setores normativos da ordem jurídica, que apresentam relevância em relação ao caso em questão, fazendo com que a regra “fracasse” como razão peremptória (ou “protegida”) em face do caso considerado, ao se

¹²² RÓDENAS, Ángeles. *Razonamiento judicial y reglas*. México: Fontamara, 2004. p. 78.

¹²³ Os aplicadores não são livres para formular as exceções (ou exclusões de alcance das regras). A propósito, o aplicador do direito deve demonstrar que “a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo en cuestión, el caso en discusión constituye una excepción o está excluído del alcance de la regla”. Ibidem, p. 82. Seguindo a autora, um caso está fora do alcance de uma regra se as principais razões que a respaldam não são aplicáveis ao caso; um caso enquadra-se como uma exceção à regra quando a ele se revelam aplicáveis algumas das principais razões em favor da regra, porém existem outras razões presentes que não foram levadas em consideração no juízo de prevalência que a regra contempla, e que apresenta relevância decisiva ao caso.

assumir que o próprio compromisso entre razões que a generalização expressa não deve se mostrar relevante em decisões futuras.¹²⁴

Esquemáticamente, a superação de norma de entrincheiramento formal do processo (a partir do enquadramento do caso como exceção à norma ou como excluído do seu alcance) deve estar respaldada pela demonstração: a) do juízo de prevalência entre razões de primeira ordem subjacente à norma de entrincheiramento formal cuja aplicação se pretende superar; 2) da magnitude particularmente grave que redundaria na aplicação da generalização contida na norma; 2.1) se o caso for caracterizado como excluído do alcance da norma, a demonstração deve dizer respeito à circunstância de que não se mostram aplicáveis as razões subjacentes à generalização; 2.2) se o caso for caracterizado como uma exceção à norma, a demonstração deve apontar outra razão não contemplada no juízo de prevalência entre as razões subjacentes à generalização, demonstrando, ainda, que: 2.2.1) a razão aportada conta com reconhecimento expresso ou tácito no sistema jurídico; 2.2.2) tal razão deveria compor o juízo de prevalência das razões subjacentes à generalização em questão; e 2.2.3) tal razão apresenta-se com relevância decisiva ao caso, à luz de casos paradigmáticos embasados em juízo de prevalência de razões semelhantes àquele em que se mostra decisiva, em comparação com outros casos paradigmáticos em que a razão excluída (do juízo de prevalência) mostrou-se relevantemente decisiva.

Calha frisar, ademais, que o formalismo-valorativo, nos moldes como proposto, visa ao coerente ajuste entre a dimensão diretiva e a dimensão valorativa (justificativa) da experiência jurídico-processual (ajuste entre o que se ordena e as razões pelas quais se ordena), a partir de critérios de superabilidade do entrincheiramento formal, como visto, para “evitar el formalismo extremo em la aplicación del Derecho, que conduciría a la incoherencia valorativa de las decisiones jurídicas”.¹²⁵ Esse ajuste da dimensão diretiva e da dimensão valorativa do fenômeno jurídico, no âmbito processual, corresponde à explicitação de que: a) as normas de entrincheiramento formal do processo operam como razões peremptórias (mas não absolutas) e independentes do conteúdo, a menos que alguma razão infirme tal “força

¹²⁴ Ibidem, p. 79. Conforme Ródenas, as regras funcionam como razões peremptórias em relação ao juízo de prevalência entre razões de primeira ordem que expressam. Nesse sentido, só se pode afirmar que as regras ostentam força presuntiva caso se assuma que o aplicador do direito não pode compor um novo juízo de prevalência entre razões de primeira ordem cada vez que deva decidir a respeito de um caso (o aplicador não estar de “acordo” com o juízo de prevalência não é uma razão para a superação da regra), justamente porque a ordem jurídica conforma-se a partir de juízos de prevalência entre razões que não podem estar submetidos a uma contínua revisão por parte dos órgãos de aplicação. Importante frisar que a visualização das regras como razões peremptórias (no sentido indicado) não implica considerá-las como razões absolutas, uma vez que isso resultaria na adoção do modelo formalista (excessivo) de tomada de decisão.

¹²⁵ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta, 2006. p. 126.

presumida”, de molde a evidenciar a concretização de erro de magnitude particularmente grave em caso de não-superação da regra processual; b) o ônus de argumentação e demonstração recai àquele que alegar a existência, no caso em questão, de uma exceção à regra processual ou de que o caso encontra-se fora do alcance da regra; e c) somente há a desincumbência de tal ônus quando restar demonstrado que, de acordo com as convenções interpretativas existentes (expressas ou tácitas),¹²⁶ existem razões suficientes para a incorporação uma nova regra ao sistema ou para a superação daquilo que determinada norma de entrincheiramento formal estabelece.

3.3 A RELAÇÃO ENTRE FORMALISMO JURÍDICO E DOGMÁTICA PROCESSUAL

A questão atinente aos modelos de tomada de decisão exige o equacionamento dos “efeitos cumulativos”,¹²⁷ atinentes à referência empírica das condições de superabilidade do entrincheiramento formal do processo, condições estas que implicam uma modelagem institucional concernente ao contexto de decisão judicial (caracterizado por limitações epistêmicas e limites de tempo e de recursos para obtenção de informações relevantes a respeito dos casos). O entrincheiramento formal do processo corresponde à autonomia dos valores formais em relação aos valores materiais: a relação entre decisão hipotética e conflito hipotético reporta-se ao benefício valorativo da vinculação da conduta judicial futura ao seguimento das normas que tornam entrincheirado o procedimento de tomada de decisão concernente à tutela jurisdicional. É assente, no contexto de decisão judicial, a

¹²⁶ Adrian Vermeule insere o seguimento às convenções interpretativas como premissa ao argumento institucional de defesa empírica do formalismo judicial (como postura interpretativa). Para esta defesa, Vermeule assinala que a questão-chave é “quais modelos de tomada de decisão devem certas instituições específicas, com suas capacidades peculiares, utilizar para interpretar determinados textos legais?”. Aduz o autor que, por razões empíricas e institucionais, uma série de teorias do valor convergem (ou podem convergir) no nível operacional, oferecendo respostas similares sobre os procedimentos de tomada de decisão que os juízes devem usar (circunstância que não implica afirmar que as teorias do valor não são importantes; implica ressaltar a importância da referência empírica: capacidades institucionais e “efeitos cumulativos”). VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 1.

¹²⁷ No contexto de entrincheiramento formal do processo, os juízes “devem pensar” em termos de efeitos cumulativos, atinentes aos efeitos institucionais decorrentes da atuação que supere as normas de entrincheiramento sem a adoção de critérios que possibilitem o controle racional das decisões, em comparação com a atuação que supere as normas de entrincheiramento apenas à luz de critérios de superabilidade. Segundo Alan Goldman, as regras somente operam como genuinamente entrincheiradas a partir da existência de uma meta-regra (não-escrita) pressuposta, que diz respeito ao requerimento, para os juízes, de deferência às normas jurídicas mesmo nas hipóteses em que a moralidade pessoal do julgador confronte aquilo que tais normas determinam em certos casos. GOLDMAN, Alan. *Practical rules*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 147.

impossibilidade da obtenção de resultados ótimos no que diz respeito à coordenação social; a partir disso, o “valor agregado” do seguimento das regras processuais não depende de alguma classe de prioridade entre valores formais e materiais, nem da prioridade de determinadas condições instrumentais para a consecução de “finalidades mais elevadas”, mas sim da impossibilidade de se encontrar mecanismos de controle que proporcionem resultados ótimos como solução dos problemas de coordenação social¹²⁸ no âmbito da experiência processual como prática institucional específica.

Essa problemática pode ser vista a partir do antagonismo entre formalismo e consequencialismo - como diretriz de busca das melhores consequências da decisão - no que diz respeito à tomada de decisões judiciais. A partir disso, a defesa do modelo do formalismo-valorativo, nos termos aqui expostos, passa por sua consideração como uma espécie de consequencialismo de segunda ordem,¹²⁹ à luz da imprescindibilidade, diante de problemas decisórios recorrentes e complexos, de decisões de segunda ordem¹³⁰ (anteriores ao momento de tomada de uma decisão específica), para fins de redução do ônus de escolha decisória, bem como redução das possibilidades de erros. Nesse sentido é que a tomada de decisões judiciais baseada no entrincheiramento formal do processo pode ser vista, conforme Schauer,¹³¹ como

¹²⁸ Mecanismos que intentar obstaculizar os efeitos cumulativos das ações individuais que se mostram racionalmente justificadas, efeitos estes produzidos quando as decisões, racionais e prudentes sob o ponto de vista individual, tornam-se “não-prudentes” sob o ponto de vista coletivo, ou quando decisões, moralmente corretas sob o ponto de vista individual, dão ensejo, cumulativamente, a resultados “não-ótimos” ou não-aceitáveis sob o ponto de vista social e generalizado. Os resultados subótimos de coordenação social vinculam-se à assimetria da autoridade (o que é racional para os que desenham as instituições e emitem as regras pode não ser racional para os que são os destinatários de tais regras): “levando em consideração o fenômeno da assimetria da autoridade, o responsável pelo desenho institucional deve colocar mecanismos capazes de aumentar as razões prudenciais para que os juízes levem as regras a sério”. STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 477.

¹²⁹ O formalismo pode ser visto como a postura ético-normativa que privilegia o respeito aos direitos subjetivos sobre as considerações de consequências sociais; sob tal paralelo é que se coloca o respeito ao entrincheiramento formal do processo como uma estratégia de segunda ordem consequencialista, à luz do “valor agregado” (“efeitos cumulativos”) do seguimento às regras processuais. Nesse sentido, Martin Farrell assinala que “el legislador (al menos el legislador ideal) tiene siempre en cuenta a las consecuencias cuando sanciona una ley que consagra ciertos derechos. Si la ley se considera como una regla, hay buenas razones consecuencialistas para que el juez la obedezca, puesto que es probable que de la obediencia estricta del juez a la ley se sigan, precisamente, las mejores consecuencias. De donde el deontologismo de la ética judicial serviría en definitiva al consecuencialismo más general que se encuentra ínsito en el propósito del legislador. El juez debería seguir comportándose como un deontologista, pero ahora lo haría por motivos consecuencialistas”. FARRELL, Martin. La ética de la función judicial. In: MALEM, Jorge (Org.). *La función judicial*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 162.

¹³⁰ Decisões de segunda ordem são aquelas centradas na fixação de estratégias capazes de reduzir os problemas vinculados a decisões de casos específicos (de primeira ordem, portanto). As decisões de segunda ordem caracterizam-se por seu caráter contingente e contextual (levam em consideração o contexto em que as decisões de primeira ordem são ou serão emitidas). Sobre o tema, SUNSTEIN, Cass; ULMANN-MARGALIT, Edna. *Second-order decisions*. Chicago working papers in law and economics, Chicago, v. 57, 2004.

¹³¹ Schauer aduz que quando se desenham instituições reais de tomada de decisões para juízes reais, o procedimento ótimo de decisão para uma soma delas às vezes é aquele que renuncia à busca do ótimo no caso individual. Segundo o autor, as instituições de tomadas de decisões desenhadas para que se decida melhor em

uma aplicação da teoria do “segundo melhor”, particularidade que agrega um elemento institucional ao modelo do formalismo-valorativo.¹³²

Esse elemento desdobra-se nas “capacidades” institucionais dos tomadores de decisão e nos efeitos dinâmicos relacionados à adoção de uma determinada decisão de segunda ordem em um dado cenário. A decisão de segunda ordem intenta equacionar, fundamentalmente: (a) os custos de decisão, que são aqueles custos (não estritamente econômicos) envolvidos para se tomar uma decisão e se obter determinado resultado, que exigem investimento de recursos (*lato sensu*) no processo de tomada de decisão; e (b) os custos de erro, aqueles que envolvem a quantidade e a magnitude dos erros que possam advir de uma decisão. A perquirição, no processo judicial, por mais dados e informações capazes de criar novas combinações e novos resultados envolve custos crescentes de oportunidade, de tal modo que, a partir de certo ponto, o prosseguimento em tal intento torna-se inclusive irracional à luz da exigência da alocação dos custos para outras atividades e processos decisórios. Por isso uma estratégia de segunda ordem (que dá ensejo à determinada postura interpretativa) tem como referência empírica os “efeitos sistêmicos” ou “cumulativos” relacionados ao aumento (ou diminuição) dos custos decisórios, no sentido especificado. Nesses moldes, uma estratégia maximalista (ou perfeccionista) de segunda ordem caracteriza-se como a busca da maximização cumulativa que implica resultados (no caso concreto) inferiores (subótimos) à estratégia maximalista de primeira ordem, que visa, de seu turno, à maximização do resultado no caso concreto em particular.¹³³ Pode-se concluir que, a partir da consideração dos custos, de decisão e de erro, e

cada caso particular podem gerar maior incidência de erros (à luz da assimetria acerca de informações ou incapacidades cognitivas) em relação a procedimentos de decisões com ambições mais modestas. SCHAUER, 2004, p. 215. Por isso é que a escolha de modelos de decisão “deve passar necessariamente por uma investigação empírica das capacidades institucionais daqueles que criam e aplicam regras, pelo reconhecimento de que aqueles órgãos responsáveis por tomar decisões trabalham, no mundo real, dentro de um cenário de racionalidade circunscrita. Uma teoria preservadora de regras é, mais do que qualquer outra coisa, uma teoria acerca da ‘confiabilidade comparada’”. STRUCHINER, 2009, p. 479. A “confiabilidade comparada” pode ser vista em termos de (in)existência de razões empíricas suficientes para confiar aos juízes o poder de transitar livremente entre a perspectiva de quem decide dentro de instituições e a perspectiva de quem decide como desenhar as instituições.

¹³² “Cuando consideramos a las tareas de los jueces como productoras de soluciones a conflictos hemos aceptado que la instancia legal constituye una justificación suficiente, tenemos que admitir que este hecho deriva de un acuerdo que busca minimizar los costos de tales soluciones mediante la aceptación del valor decisional de los procedimientos legales”. BARRAGÁN, Julia. Decisiones judiciales y desempeño institucional. In: MALEM, Jorge (Org.). *La función judicial*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 193.

¹³³ Além da estratégia maximalista de primeira ordem, há a estratégia interpretativa de “otimização” e a de “satisfação”. Para a estratégia de otimização, a resposta mais adequada para um problema envolve necessariamente a confrontação entre os custos de decisão e os custos de erro decisório envolvidos na busca por solução. Para a estratégia de satisfação, a orientação devida não visa à melhor resposta (ainda que esteja considerada nos limites das restrições empíricas e institucionais), visando à seleção da interpretação reputada como boa ou suficiente, à luz de determinado critério. Nesse sentido, o formalismo-valorativo pode ser visto como modelo de caráter “satisfatório” para fundar decisões a partir de decisões prévias (de segunda ordem): o entrincheiramento formal leva em consideração a identificação dos elementos presentes nos predicados fáticos

das capacidades institucionais de aquisição, assimilação e processamento de informações por parte de quem decide no contexto do processo judicial, revela-se preferível uma decisão de segunda ordem que vai de encontro à tomada de decisões sempre exigentes de condições de detalhamento de circunstâncias em todos os casos (decisões perfeccionistas de primeira ordem, portanto). Isso porque a tentativa de antecipação das consequências atreladas à adoção de uma estratégia de decisão específica, como modo de fixar o ônus de decisão, é uma forma de reduzir, no tempo, possíveis erros e custos envolvidos no processo decisório como contexto institucional caracterizado por informações limitadas ou incompletas (contexto em que nem sempre as melhores consequências, pois, são alcançadas por meio da adoção de estratégia consequencialista de primeira ordem).

Nesse contexto, a contraposição entre formalismo judicial e consequencialismo decisório envolve a consideração (a) dos custos vinculados à possibilidade de erro na busca por decisões que intentam promover sempre as melhores consequências; (b) dos custos associados à busca pela quantidade de informações necessárias para que o juiz possa tomar aquelas decisões; (c) da oportunidade de investir tempo e recursos escassos na busca permanente por melhores resultados, ainda que a probabilidade de erro mostre-se elevada; e (d) da definição de estratégias (de segunda ordem) a respeito de posturas de decisão (de primeira ordem) que sejam caso a caso as mais adequadas (d.1) para reduzir os problemas relacionados a um modelo decisório consequencialista e (d.2) para lidar adequadamente com as capacidades institucionais referentes ao contexto em que as decisões são tomadas.¹³⁴ Nessa

das normas processuais, dispensando, *prima facie*, o conhecimento de algum conjunto de elementos que contenham todas as circunstâncias relevantes (ou mesmo um conjunto ótimo), com consideração dos custos (de decisão e de erro) envolvidos. A otimização e a satisfação, como estratégias de segunda ordem não-maximalistas, diferem em suas pressupostas “regras de parada”, regras que determinam quando novas informações tornam-se irrelevantes para a tomada de decisão: a otimização exige a “parada” quando o benefício marginal de encontrar uma opção melhor, considerada a probabilidade de encontrar tal opção, é igual ou menor ao custo adicional de continuidade da busca (importa saber, portanto, se a continuidade da busca por melhor solução em relação àquela disponível compensa os custos envolvidos, *verbi gratia*, na produção de outra prova ou no aumento do tempo para a decisão); a satisfação, de seu turno, exige a “parada” no momento em que é encontrada uma opção boa o suficiente, à luz de determinado critério, quando, então, não se investe mais tempo e recurso.

¹³⁴ Cass Sunstein alude que a referência empírica do formalismo judicial diz respeito ao enfrentamento, basicamente, de três problemas: (a) se o formalismo judicial pode ou não produzir mais erros e injustiças; (b) se o Poder Legislativo vai antecipar possíveis erros ou injustiças, e se ele as corrigirá, a um custo relativamente baixo, antes de ocorrerem; e (c) se a ausência de formalismo judicial aumentará o custo de decisão para os tribunais, partes e os jurisdicionados em geral, aumentando, por conseguinte, os custos sociais associados à imprevisibilidade decisória. Nesse sentido, conforme Sunstein, o formalismo judicial envolve três questões fundamentais: (i) quanta imprecisão adicional seria introduzida a partir da perspectiva não-formalista?; (ii) que tipo de incentivos *ex ante* são criados pelas perspectivas formalista e não-formalista e como o Poder competente para ditar leis responderia a tais incentivos? O formalismo judicial teria repercussão quanto à legislação, no sentido de torná-la, *verbi gratia*, mais clara?; (iii) quanta incerteza adicional seria introduzida por uma perspectiva não-formalista, considerando que incerteza inclui necessidade de litigância e dificuldade de planejamento? Qual seria o custo (de decisão e de erro) desta incerteza? SUNSTEIN, Cassa. *Must formalism be*

ordem de ideias, cumpre referir que a exigência de racionalidade na justificação das decisões judiciais vincula-se à circunstância de que a perquirição, para além de determinado limite, por dados e informações, em um contexto institucional de racionalidade limitada, não é sempre justificável em todos os casos, do ponto de vista racional. A diretriz de que os juízes devam sempre adotar as consequências como critério decisório não é independente, portanto, das consequências da adoção desta diretriz pelos órgãos judiciais. O formalismo-valorativo, na inserção teórica aqui delineada, visa a dar conta, de forma não-maximalista, da questão atinente aos efeitos cumulativos e das capacidades institucionais dos órgãos de aplicação, justificando-se no sentido de que sua adoção (como um consequencialismo de segunda ordem) promove melhores consequências,¹³⁵ tendo como critério os benefícios valorativos à promoção dos ideais do Estado de Direito.

A inserção do formalismo-valorativo nesse quadro de análise permite, pois, sua associação à função social da processualística na atividade de “domesticação” dos juízes acerca das relações de determinação entre decisões possíveis e consequências, à luz da função da dogmática, ressaltada por Luhmann, de incremento do grau de flexibilidade (no sentido de “distanciamento” do problema real proporcionado pela abstração conceitual) no “trato com experiências e textos”, “permitindo distanciamento também e precisamente ali onde a sociedade espera vinculação”.¹³⁶

defended empirically?. Chicago: University Chicago Law review, 1999. p. 641. Adrian Vermeule, por seu turno, alude, a respeito da referência empírica do formalismo judicial, ao efeito das regras de interpretação judicial no comportamento legislativo e administrativo, na possibilidade de ausência de coordenação entre diferentes juízes e nos custos associados a essa coordenação, bem como no efeito de práticas judiciais no cumprimento das normas pelos cidadãos e instâncias administrativas, além do comportamento de outros tribunais. Assim, o formalismo judicial, quanto à articulação entre decisões de segunda e de primeira ordem, pode ser perspectivado de acordo com a forma como os custos totais (de decisão e de erro) distribuem-se entre o *ex ante* da decisão de segunda ordem e o *ex post* da decisão de primeira ordem. Destarte, o formalismo pode representar (como estratégia contraposta a um “perfeccionismo de primeira ordem”), por exemplo, uma estratégia do tipo “alto-baixo”, ou seja, que requer um esforço inicial significativo para viabilizar, no estágio seguinte, um custo de decisão relativamente pequeno (em termos ilustrativos: alto custo de elaboração de uma regra e baixo custo de implementação da regra). VERMEULE, 2006, p. 74.

¹³⁵ Cumpre consignar, no ponto: o raciocínio prático baseado em consequências exige um critério valorativo (ordenador) para avaliar as opções disponíveis da ação de acordo com as situações que produzem; é dizer: um critério valorativo como padrão de avaliação das consequências. Importa frisar que os órgãos judiciais operam com informação limitada e sob incerteza a respeito dos efeitos de suas decisões; além disso, a capacidade de tais órgãos de processar a informação necessária à qualidade das decisões é prejudicada pelo contexto de racionalidade circunscrita à própria abordagem caso a caso que é própria à jurisdição, bem assim pelos limites temporais para a tomada de decisão.

¹³⁶ LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Il Mulino: Bologna, 1978. p. 18. Sobre o ponto, Humberto Ávila assinala que “a tarefa da dogmática jurídica consiste em substituir a determinação e a certeza pela determinabilidade e plausibilidade, sob pena de os princípios jurídicos nunca serem aplicados ou terem um caráter meramente ilustrativo”. ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 574.

A “domesticação” de juízos corresponde à “tecnicização”, ínsita à dogmática, que, por sua vez, coloca-se em termos de condicionalização, no sentido de (a) especificação das correlações entre casos hipotéticos e decisões hipotéticas e (b) especificação de critérios de superabilidade de tais correlações. Essa condicionalização traduz-se como oferecimento de critérios operacionalizáveis de decisão.¹³⁷ Significa dizer: a condicionalização dogmática vincula a decisão a normas cuja implementação dependa, substancialmente, do recurso a fatos passados para a enunciação de prognósticos acerca de eventos futuros, condicionando a atividade de aplicação de tais normas nos casos concretos. Nesse contexto, as consequências das decisões judiciais devem ser tomadas como critérios decisórios na medida do delineamento, pela dogmática processual, das condições de superabilidade das normas de entrincheiramento formal, entrincheiramento cuja (in)flexibilidade determina a medida do formalismo judicial. Assim, a função social da processualística vincula-se à condicionalização da correlação entre antecedentes e consequentes das normas processuais, que diz respeito, a rigor, à própria reconstrução sistemática do direito processual levada a efeito pela dogmática.¹³⁸ Nesse contexto, por exemplo, se a superabilidade das normas de entrincheiramento formal redundava em prejuízo valorativo à segurança jurídica,¹³⁹ incumbe à processualística (como instância de controle racional) manter um grau de “incerteza socialmente suportável”.¹⁴⁰ É a dogmática, nesse sentido, que permite a controlabilidade das decisões.

¹³⁷ É dizer: como preparação das premissas normativas para as inferências que sustentam as decisões.

¹³⁸ Jorge Rodríguez destaca que a finalidade da reconstrução sistemática aponta a determinar as consequências que se seguem de certas normas com respeito a determinado problema jurídico teórico ou prático, ou seja, busca-se reconstruir as soluções que se derivam do direito vigente a respeito de um caso hipotético ou real (essa reconstrução sistemática corresponde ao tipo de operação levada a cabo pela dogmática). RODRÍGUEZ, Jorge. En torno a las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos, prefácio. In: SUCAR, Germán. *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 23.

¹³⁹ “A estruturação racional de ponderações jurídicas serve ao detalhamento necessário dos problemas jurídicos, sem que a própria segurança jurídica seja afetada. Mas ela deve ser complementada abstratamente por um modo de apreciação orientado para a aplicação, referido à práxis jurídica, segundo o qual podemos obter, além da explicação e do ordenamento da matéria jurídica, também nexos de fundamentação conteudística para a tomada de decisões corretas”. ÁVILA, 2005, p. 575. Assim, segundo o autor, consubstancia “uma tarefa da dogmática jurídica encontrar conexões de fundamentação. Mas a resposta à pergunta a respeito de quais normas jurídicas devem participar de uma conexão de fundamentação depende da natureza das relações existentes entre os seguintes elementos que produzem efeitos recíprocos, uns sobre os outros: o efeito das normas analisadas; os bens jurídicos afetados na concretização dessa relação jurídica e as normas constitucionais que protegem direta ou indiretamente esses bens. Disso podemos inferir o seguinte: a análise de todas as normas jurídicas conexas às ações, qualidades ou estados, cuja disponibilidade é necessariamente influenciada pela concretização de uma relação jurídica, forma o ponto de convergência para uma conexão de fundamentação”. *Ibidem*, p. 575.

¹⁴⁰ Não se olvida que os ganhos esperados de objetividade, previsibilidade e segurança podem dar-se precisamente às custas das consequências que se queria realizar por meio do formalismo-valorativo como estratégia de segunda ordem. A propósito, Luis Fernando Schuartz destaca que a consciência desses riscos por parte do decisor e dos outros (afetados ou não pela decisão), de um lado, e as implicações dessa consciência em termos da discussão acerca dos critérios de escolha das pessoas competentes para tomá-las, de outro lado,

Por fim, uma proposta de classificação dos valores serve à compreensão da relação entre formalismo e dogmática e, ainda, à especificação conceitual do formalismo-valorativo. Preliminarmente, importa distinguir entre “respeitar um valor” e “promover um valor”: a promoção de um valor pode implicar não respeitá-lo em decisões específicas; trata-se, em outros termos, da dissociação existente entre a “promoção particularizada” e a “promoção cumulativa” do valor. O estado de coisas produzido de modo particular pela decisão (que intenta proteger o valor vinculado ao estado de coisas) dissocia-se do estado de coisas produzido de modo generalizado. Essa distinção está associada aquela outra atinente ao consequencialismo de primeira ordem e consequencialismo de segunda ordem.

Nesse contexto, e seguindo Atienza e Ruiz Manero,¹⁴¹ um estado de coisas pode ser intrínseca ou extrinsecamente valioso: no primeiro caso, atribui-se ao estado de coisas valor positivo por si mesmo; no segundo caso, o estado de coisas, em si mesmo considerado, é indiferente, porquanto sua valiosidade depende exclusivamente da conexão a ele atribuída com algum estado de coisas intrinsecamente valioso. Dentro dos valores intrínsecos, distinguem-se dois subtipos: valores não-utilitários e valores utilitários. Caracterizar determinados estados de coisas como valores não-utilitários significa que se prescinde de suas consequências, pois, do contrário, se a valiosidade aloja-se em suas consequências, seriam estas o termo último de valoração. Os valores utilitários, por seu turno, caracterizam-se assim porque as ações ou estados de coisas levados em consideração admitem um critério superior de valoração: valora-se positivamente um estado de coisas em virtude de suas consequências (a relação relevante entre ações e estados de coisas é extrínseca ou causal). Os valores não-utilitários, assim, limitam-se horizontalmente (com outros valores não-utilitários), mas não

consubstanciam ganhos de racionalidade em comparação a um estado de coisas em que alguns crêem saber o que não sabem e reclamam para si, baseados nessa crença, o poder de obrigar os demais (inclusive mediante uso de força coercitiva), sem o seu livre consentimento, a suportar os riscos associados a decisões que seria preferível deixar a cargo de pessoas que podemos eleger e substituir em processos transparentes e democráticos. SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo. *Revista de direito administrativo*, São Paulo, v. 245, 2007. p. 113. De modo similar, Atienza e Ruiz Manero assinalam que as exigências jurídicas de caráter institucional obstaculizam, em certas ocasiões, a tomada de decisões substantivamente corretas; entretanto, tais exigências também maximizam a probabilidade de alcançar tais soluções: assim, exemplificativamente, um grau de *self-restraint* judicial (em favor do Legislativo) pode implicar a renúncia à decisão substantivamente correta em determinado caso, possibilitando, por outro lado (à luz do princípio democrático), ampliar as possibilidades de que sejam tomadas, em relação à maioria dos casos, as decisões corretas (o mesmo pode ser dito em relação ao respeito ao “sistema autoritativo de fontes jurídicas” como condição necessária à efetiva proteção dos direitos e à persecução de objetivos sociais). ATIENZA; MANERO, 2007, p. 166. Roberto Vernengo, de seu turno e em consonância ao exposto, alude à estratégia decisória *maximin* (em contraposição à estratégia *maximax*) como sendo a adequada (para fins de estabilização da relação entre sistema jurídico e sistema social) aos contextos de informação incompleta e de incerteza, como é o caso da aplicação judicial do direito (onde há um marco de “preferências valorativas gerais normativamente definidas e impostas”). VERNENGO, Roberto. Interpretación del derecho. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco (Org.). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 257.

¹⁴¹ ATIENZA; MANERO, op. cit., p. 161.

verticalmente (limitam-se seus campos de aplicação, mas não sua força ou intensidade); os valores utilitários, ao contrário, limitam-se horizontalmente por outros valores utilitários, mas também verticalmente (quanto à sua força ou intensidade) pelos valores não-utilitários.

Como dicotomia complementar, Atienza e Ruiz Manero diferenciam os “valores substantivos” dos “valores institucionais”. Assim, o equivalente, em relação aos valores institucionais, à distinção entre valores intrínsecos e extrínsecos é a que pode ser traçada entre valores essenciais e valores não-essenciais: os primeiros são aqueles associados a ações ou estados de coisas considerados integrantes necessários de determinado tipo de instituição como, por exemplo, a hierarquia normativa em relação ao sistema jurídico democrático; os segundos são aqueles cuja promoção dá lugar, apenas, a um funcionamento “menos pleno” da instituição em questão. A relação de tensão entre valores institucionais e valores substantivos equivale àquela, anteriormente destacada, entre valores formais (decorrentes de generalização prescritiva) e valores materiais (particularizados) exsurgentes dos casos judiciais: tal tensão é inerente à idéia de que a ordem jurídica especifica-se por seu caráter institucional (cujas exigências próprias a diferencia de outras ordens normativas, como a moralidade), como conjunto de meios orientados à consecução de fins e à realização de funções e, nessa condição, não aponta unicamente “para fora” (em direção ao sistema social), mas também “volta-se a si mesmo” (em direção ao interior da própria ordem jurídica). A função social da processualística, referenciada pelo formalismo-valorativo (cuja locação “valorativo” abarca as dicotomias valores intrínsecos e extrínsecos e valores substantivos e institucionais), exsurge, notadamente, da especificidade institucional do contexto da tutela jurisdicional, levando-se em consideração, outrossim, que as funções dos modelos dogmáticos pressupõem a diferenciação vetorial (direcionamento ao “interior” ou ao “exterior” da ordem jurídica), supra apontada.

4 OS ESTÂNDARES DE PROVA COMO MODELOS DOGMÁTICOS

Se o problema da prova judicial é um dos objetos ou âmbitos temáticos dentre os mais fundamentais e relevantes para a dogmática processual - seja para fins de compreensão do funcionamento do processo judicial, seja para o delineamento de uma adequada doutrina da justificação das decisões judiciais -, pode-se assentar que a função social da processualística inclui, desengandamente, a especificação dos estândares de prova, que, nesse sentido, consubstanciam-se como modelos dogmáticos.

4.1 MODELO DE CONHECIMENTO JUDICIAL DE FATOS E VERDADE DE ENUNCIADOS PROBATÓRIOS

No âmbito da aplicação judicial do direito, a justificação da decisão judicial tem como um dos requisitos de compreensão a especificação da relação entre prova e verdade. Tal relação, por seu turno, depende da caracterização do modelo cognoscitivista (ou racionalista) de fixação judicial dos fatos como modelo que assume uma determinada posição acerca da relação aludida, posição cujo marco possibilita o delineamento da funcionalidade dos estândares de prova (possibilitando, por conseguinte, o controle decisório pela razão dogmática a partir de critérios de correção externos à decisão judicial). Três teses nucleares caracterizam tal modelo: a) entre prova e verdade existe uma conexão teleológica (a finalidade da prova é a averiguação da verdade de determinados enunciados), e não uma conexão ontológica ou conceitual (dizer que um enunciado restou provado não significa dizer que é verdadeiro, em termos absolutos, e sim que restou aceito como verdadeiro à luz da informação disponível); b) a verdade de um enunciado fático consiste em sua correspondência com os fatos a que se refere; e c) o significado (e o valor de verdade) de um enunciado fático é relativo a um contexto, porque somente se pode determinar no marco de tal contexto, o que não implica dizer que sua determinação seja impossível.

A função social da processualística, quanto à especificação da relação entre prova e verdade, consiste na construção de modelo de conhecimento judicial dos fatos que, por um lado, visa a dar conta dos procedimentos normativos existentes e da *praxis* de fixação dos fatos, e, por outro lado, sirva de padrão normativo de valoração de tais procedimentos e

práticas.¹⁴² A função descritiva e normativa do modelo projeta-se tanto ao chamado “contexto de descobrimento” dos fatos quanto ao “contexto de justificação”: assim, importa distinguir entre descrever (dizer como se justificam, efetivamente, os enunciados fáticos) e entre prescrever o descobrimento (dizer como devem ser conhecidos os fatos) e prescrever a justificação (dizer como devem ser justificados os enunciados fáticos). O modelo, portanto, intenta dar conta da construção de uma série de prescrições sobre o conhecimento dos fatos e a justificação dos respectivos enunciados, tentando, ainda, dar conta de descrever como se conhecem e se justificam os fatos na prática judicial. O modelo de conhecimento judicial dos fatos consubstancia, assim, um modelo epistemológico.¹⁴³

O modelo epistemológico cognoscitivista caracteriza-se como aquele segundo o qual os procedimentos de fixação dos fatos dirigem-se à formulação de enunciados fáticos que serão verdadeiros se os fatos por eles descritos sucederam-se na realidade e falsos em caso contrário. A fixação judicial dos fatos, assim, deve ser resultado de um juízo fático descritivo que atribui existência independente aos fatos (e independente da decisão do juiz) em relação aos enunciados que a eles se referem. A noção de verdade requerida pelo modelo é a de correspondência (propriedade semântica), e o critério de verdade é o da contrastação empírica (orienta-se à averiguação de verdade empiricamente controlável, ainda que não absoluta).¹⁴⁴ Embora, por óbvio, os enunciados fáticos consubstanciem descrição de fatos, não se pode olvidar a introdução de valorações no âmbito dos juízos fáticos. Segundo Gascón Abellán,¹⁴⁵ de tal constatação deriva uma exigência para o direito material: se é necessário reduzir ao mínimo possível a atuação valorativa do juiz na fixação de fatos, então a configuração do suporte fático da norma objeto de aplicação deverá ter um referente empírico claro. Por seu turno, a verdade dos enunciados probatórios diz respeito à ocorrência dos fatos descritos. Entretanto, como se sabe, o juiz não tem “acesso direto” aos fatos: ele imediatamente conhece

¹⁴² ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 47. Segundo a autora, o modelo designa tanto o esquema teórico que serve para representar de modo simplificado realidades que na prática são complexas (função descritiva) quanto o parâmetro que permite “medir” ou “mensurar” - precisamente desde o ponto de vista do modelo - estas realidades (função normativa).

¹⁴³ ABELLÁN, loc. cit. O modelo epistemológico teórico serve de ferramenta ou instrumento para examinar os procedimentos reais, bem como para realizar uma crítica epistêmica consistente em comparar tais procedimentos com os postulados derivados do modelo como padrão normativo, para fins de confronto dos aspectos reais que se apartem deste padrão. Em tal contexto, mostra-se importante distinguir entre o nível dos modelos epistemológicos (subjacentes e/ou prévios à disciplina legal) e o nível dos modelos jurídicos (dependentes da regulação normativa), em consonância com o que foi exposto no Capítulo 2. Gascón Abellán ressalta, ainda, que um modelo de descobrimento não pode se confundir com o próprio descobrimento, bem assim um modelo de justificação não pode se confundir com a própria justificação: importa distinguir entre o “mundo real” e o modelo teórico, porque este consubstancia ferramenta ou instrumento para analisar e guiar aquele.

¹⁴⁴ O critério de contrastação empírica serve à finalidade de assegurar verificabilidade e refutabilidade aos enunciados judiciais quanto aos fatos.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 49.

enunciados cuja verdade impende aceitar ou não aceitar, e a verdade de tais enunciados deve ser obtida, em regra, mediante raciocínio indutivo a partir de outros enunciados fáticos. Ademais, a averiguação da verdade ocorre no âmbito de um contexto cuja institucionalidade muitas vezes obstaculizam a consecução deste objetivo. Destas constatações, de sua vez, deriva-se uma exigência para o direito processual: impende reforçar ao máximo as “garantias de verdade” do processo judicial.¹⁴⁶

O modelo - como modelo ideal, frise-se - é formado pelas seguintes regras epistemológicas (“garantias de verdade”):¹⁴⁷ a) na formulação do suporte fático das normas somente devem ser admitidas hipóteses empiricamente contrastáveis, em que se possa, pois, comprovar sua verdade (correspondência com a realidade) mediante contrastação empírica (direta ou indiretamente); b) para que se possa afirmar a verdade de um enunciado probatório mostra-se necessária a prova do mesmo, seja ela direta ou indireta, dedutiva ou indutiva; c) qualquer elemento que permita aportar informação relevante sobre os fatos (objeto de apreciação judicial) deve poder ser utilizado; d) em princípio se veda a utilização de esquema de valoração “tarifada”, impondo-se, portanto, a livre valoração, no sentido de referencial metodológico (negativo), que permite ao julgador não dar por provados enunciados fáticos que estime insuficientemente provados; e) em princípio não existem provas suficientes: qualquer prova relevante é necessária e portanto deve ser admitida; f) é imprescindível oferecer a possibilidade de refutação das hipóteses (requisito de contraditoriedade); e g) se, à vista de novos dados informativos, for possível a revisão acerca da verdade de um enunciado declarado falso ou a falsidade de um enunciado declarado verdadeiro, tal revisão deve ser realizada. No contexto de tais regras epistemológicas (ou “cláusulas” do modelo), a aplicação judicial do direito consubstancia mecanismo de “justiça processual imperfeita”, no sentido do reconhecimento da existência de critérios independentes para avaliar a correção do resultado, *pari passu* ao reconhecimento da inexistência de qualquer procedimento factível que conduza a tal resultado com segurança em termos absolutos (a limitação das “faculdades epistêmicas” do juiz está relacionada com a necessária limitação de suas “faculdades institucionais”). À luz do modelo cognoscitivista, o procedimento deve ser disposto de molde a buscar e a

¹⁴⁶ ABELLÁN, 2010, p. 50. Gascón Abellán assinala que o modelo epistemológico cognoscitivista impõe-se por exigências de posições epistemológicas (racionalistas) no âmbito da epistemologia geral, como modelo mais adequado para analisar e valorar a fixação judicial de fatos, tendo em vista a reconstrução de intuições conceituais a respeito do processo judicial e à luz da finalidade perseguida com os procedimentos probatórios.

¹⁴⁷ Tais “garantias de verdade” podem ser vistas como inseridas na estrutura de uma regra técnica: “se se pretende adotar decisões racionais sobre os fatos, então tais e tais indicações epistemológicas devem ser seguidas”. Essas “garantias”, assim, referem-se às características que as práticas judiciais devem exibir para maximizarem a chance de que as premissas fáticas sobre as quais se sustentam as decisões sejam epistemologicamente justificadas.

estabelecer a verdade dos enunciados fáticos; entretanto, não se mostra possível elaborar normas jurídicas (e procedimentos) tais que conduzam sempre ao resultado correto. O problema diz respeito, portanto, à possibilidade de decisões judiciais cujos enunciados fáticos que lhe confirmam suporte não reflitam a verdade. Importa destacar que o reconhecimento da existência de critérios independentes para avaliar a correção da decisão judicial (como resultado do processo) - critérios em função dos quais o juiz formula a decisão - vincula-se à própria autoridade da razão dogmática,¹⁴⁸ a partir da correlação da tutela jurisdicional à comensurabilidade com a tutela material (que se visa a implementar por meio do processo). No que concerne ao modelo epistemológico, isto implica que a decisão deve refletir a correta aplicação das normas jurídicas aplicáveis ao caso, e esta aplicação implica o estabelecimento da verdade ou falsidade dos enunciados fáticos sobre a base das provas disponíveis no processo.

À luz do exposto, pode-se delinear os seguintes parâmetros para que os padrões de prova coloquem-se como modelos dogmáticos: a) aplicar uma norma geral N a um fato F consiste em utilizar N para determinar uma consequência jurídica ante a ocorrência de F. Uma vez estabelecida N como premissa maior do raciocínio judicial, a consequência jurídica - a colocar-se na condição de norma individual - deve seguir logicamente da descrição de F: para tanto, tal descrição deve mostrar que F constitui um caso individual do caso genérico previsto em N; b) a justificação da decisão consubstancia uma noção relacional, que faz referência à relação existente entre um domínio de razões e um contradomínio que se deve justificar (normas, ações, crenças, proposições, etc.). A justificação normativa é uma relação de justificação cujo domínio compõe-se de normas (em seu contradomínio podem existir outras normas ou ações): uma norma N justifica outra norma N1 somente se esta configura uma implicação lógica daquela;¹⁴⁹ c) justificar uma norma individual corresponde a aplicar uma norma geral a um caso individual; entretanto, a correta aplicação exige que o enunciado fático que constitui a premissa menor do raciocínio judicial seja verdadeiro: se o enunciado fático é falso, a norma geral invocada pelo juiz não constitui uma razão que justifique a decisão (como resultado de um ato de aplicação judicial); d) não se deve assimilar a verdade do enunciado fático com as razões pelas quais se aceita a verdade de determinado enunciado fático; assim, os meios probatórios cumprem a função de subministrar razões deste tipo (razões para aceitação). É dizer: os meios de prova constituem razões que justificam a aceitação da

¹⁴⁸ Conforme será exposto nos Capítulos 8, 11 e 12.

¹⁴⁹ A relação de justificação entre normas e ações, ao contrário, não é uma relação de implicação lógica: as normas não implicam ações, somente permitem, proíbem ou obrigam a realizar determinadas ações.

verdade de um enunciado fático, de modo tal que o enunciado fático justifique-se em relação a essas razões; e) levando em consideração a distinção entre justificação de uma norma e justificação de uma ação, mostra-se possível que a norma individual não esteja justificada (porque o enunciado fático utilizado como premissa menor é falso, por exemplo), mas a decisão de adotar este enunciado fático como premissa menor esteja justificada, como, por exemplo, se outra norma N2 permite ou obriga o juiz a adotar tal enunciado fático como premissa; e f) o processo judicial tem a função de assegurar a aplicação do domínio de normas jurídicas gerais para fins de obtenção de normas individuais justificadas. Sendo assim - na medida em que a norma individual esteja justificada somente se a premissa fática é verdadeira - a obrigação ou a faculdade do juiz de adotar uma determinada premissa fática deve estar em função das provas disponíveis no processo, compreendidas como um conjunto objetivo de razões para aceitação (de enunciados fáticos como verdadeiros).

Tais parâmetros mostram, portanto, ser possível que uma norma individual não esteja justificada em uma norma geral porque os fatos não ocorreram como descritos na decisão, mas que, ao mesmo tempo, esteja justificada a decisão de adotar como premissa fática o enunciado que dá conta destes fatos: têm-se, assim, decisões judiciais justificadas, mas não normas individuais justificadas. Da mesma forma, podem existir normas individuais justificadas em normas gerais, mas que não sejam resultados de decisões judiciais justificadas, porque não há razões que justifiquem a decisão de adotar a premissa fática da decisão. Tais possibilidades derivam da distinção entre: a) a verdade dos enunciados fáticos que constituem a premissa fática da decisão judicial (1º nível); b) o conhecimento da verdade de tais enunciados fáticos (2º nível); e c) as razões para aceitar a verdade de tais enunciados fáticos (3º nível). A distinção entre prova e verdade - à luz do modelo cognoscitivista -, assim, mostra que a decisão judicial pode ser considerada como válida ainda que seja falso o enunciado fático que lhe confira suporte; entretanto, não pode ser considerada válida se não existem provas a partir de cujo critério (aplicável a tais provas)¹⁵⁰ se possa aceitar um enunciado fático como verdadeiro (mesmo na hipótese de que tal enunciado seja verdadeiro). Desse modo, a prova de um enunciado fático significa que existem elementos de juízo suficientes para aceitar

¹⁵⁰ Os estândares de prova correspondem, justamente, aos critérios que permitem a determinação de quando um enunciado está provado, ou quando se torna possível considerar (ou aceitar) um enunciado fático como verdadeiro, à luz da informação disponível. A distinção destacada entre prova e verdade permite vislumbrar que uma hipótese sobre os fatos pode resultar provada ainda quando seja falsa, o que significa que não se exige a verdade do enunciado para poder considerar o enunciado como provado. A distinção permite, ademais, sustentar que a verdade é uma relação entre o enunciado e a realidade, independentemente de que existam razões para aceitar que o enunciado seja verdadeiro. Nesses moldes, a verdade do enunciado é uma relação entre este e os fatos realmente ocorridos, e a prova de um enunciado é uma relação entre este e um conjunto de elementos de juízo que subministram razões para aceitar a verdade do enunciado fático.

esse enunciado como se verdadeiro fosse, e a justificação da decisão judicial depende da prova da premissa a respeito dos fatos, ainda quando a falsidade do enunciado fático embasador da decisão judicial faça com que esta decisão não se constitua como norma individual justificada.

Nesse contexto, o controle racional da decisão judicial sobre os fatos decorre da adequada diferenciação entre: a) sentido e força dos enunciados probatórios; b) “ser verdadeiro” e “ser tido por verdadeiro”; e c) as atitudes proposicionais do juiz em relação à prova. Em relação à força dos enunciados probatórios, a única concepção que toma a falibilidade judicial (quanto à matéria fática) como pressuposto imprescindível ao controle racional é a que reputa o enunciado “está provado que *p*” como sendo descritivo (e não um enunciado constitutivo ou normativo a respeito dos fatos), suscetível, portanto, de atribuição de verdade ou falsidade. No que concerne ao sentido dos enunciados probatórios, “está provado que *p*”, tendo em vista a controlabilidade racional, não pode ser assimilado como sinônimo de “é verdade que *p*”, tampouco como sinônimo de “o juiz estabeleceu que *p*”, e sim como sinônimo de “existem elementos de juízo suficientes a favor de *p*” (suficiência à luz do critério ou estândar de prova).¹⁵¹

Em consonância com o exposto, importa distinguir entre “ser verdadeiro” e “ser tido por verdadeiro”, a partir do conceito de aceitação (“ser tido por verdadeiro” como sinônimo de “ser aceito como verdadeiro”), em paralelo à distinção entre “estar provado” *versus* “ser tido por provado” (“ser aceito como provado” pelo juiz). Seguindo Ferrer Beltrán, “está provado que *p*” deve ser entendido como “existem elementos de juízo suficientes (no processo) a favor de *p*”: incumbe ao juiz decidir acerca da (in)existência de elementos de juízo suficientes para aceitar *p* como verdadeira. Entretanto, tal decisão pode resultar errônea: por exemplo, o juiz considerou que não existiam elementos de juízo em determinada processo, e tais elementos estavam presentes. Em tal hipótese, produz-se uma dissociação entre o que o juiz aceita por provado e aquilo que, realmente, está provado.¹⁵² A partir disso, conclui-se que a verdade de um enunciado probatório (na forma “está provado que *p*”) não depende do que decida o juiz, que pode decidir aceitar por provado *p* (declarando *p* provado,

¹⁵¹ Segundo Jordi Ferrer Beltrán, tais diferenciações permitem asseverar a independência entre a relação conceitual e a relação teleológica entre verdade e prova, mostrando que pode ocorrer o caso de que um enunciado fático resulte provado mas seja falso; pode ocorrer, também, que um enunciado fático verdadeiro não resulte provado, dependendo dos elementos de juízo aportados ao processo. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 72.

¹⁵² Ibidem, p. 77. A noção de aceitação, conforme Ferrer Beltrán, dá conta do aspecto atinente à produção de efeitos jurídicos (por vezes de forma definitiva) da decisão judicial, ainda quando tal decisão aparte-se, quanto à declaração dos fatos provados, daqueles fatos realmente ocorridos (incluindo enunciados fáticos falsos ou, ao contrário, omitindo a inclusão de enunciados fáticos verdadeiros, relevantes para o caso).

portanto). A verdade do enunciado probatório depende exclusivamente de sua correspondência com a realidade, dependendo, assim, de que efetivamente (in)existam elementos de juízo suficientes a favor de p (aportados ao processo). Esse ponto mostra-se fundamental à autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional: para que se possa dispor de critérios que permitam controlar a correção da decisão judicial impende subministrar-se um modelo dogmático acerca da suficiência dos elementos de juízo, para fins de indicar as condições a partir das quais se possa considerar os elementos disponíveis como suficientes para que resulte racional aceitar uma proposição como verdadeira. Assim, quando o juiz adota a decisão sem levar em consideração tais critérios, se dirá que o julgador “aceitou por provado p ”, mas que, em realidade, p não estava provado. É dizer: o juiz aceitou p como verdadeiro, mas, à luz dos elementos de juízo, p não era aceitável como tal.¹⁵³ Isso porque o modelo cognoscitivista, como visto, pressupõe uma noção de verdade independente da própria decisão judicial, na condição de parâmetro externo à decisão que permite avaliar sua correção, permitindo, pois, o seu controle racional.

Por fim, quanto às atitudes proposicionais do juiz em relação à prova, três são as alternativas possíveis:¹⁵⁴ a) “está provado que p ” vinculado à crença em p por parte do juiz; b) “está provado que p ” vinculado ao conhecimento de p por parte do juiz; e c) “está provado que p ” vinculado à aceitação de p por parte do juiz. A reconstrução mais adequada - à luz do modelo cognoscitivista e da distinção conceitual entre prova e verdade - da atitude proposicional do juiz em face da prova corresponde à alternativa (c), tendo em vista a voluntariedade e o caráter prático da aceitação, além de sua dependência do contexto, ou seja, sua relatividade a respeito dos elementos de prova incorporados ao processo. Isso não significa dizer que os enunciados probatórios não se vinculam à crença do julgador: importa advertir que a crença do juiz está referida a “está provado que p ”, e não necessariamente referida a p . Significa dizer: a atitude proposicional vincula-se à crença na existência de elementos de juízo suficientes a favor de p . Nesse sentido, a crença do juiz em que “está provado que p ” opera como razão epistêmica para aceitar p . Noutra vértice: a aceitação de p é superveniente à crença de que “está provado que p ”. Outrossim, dado que a suficiência dos elementos de juízo a favor de p é puramente relacional ao conjunto de elementos de juízo existentes no processo, não se pode afirmar que a crença em que “está provado que p ” consubstancie uma razão suficiente para crer em p , haja vista que o juiz pode crer no primeiro

¹⁵³ Desde o ponto de vista da aceitação do juiz, a suficiência dos elementos de juízo a favor de uma proposição equivale à aceitabilidade desta proposição; um modelo acerca da suficiência dos elementos de juízo corresponde, assim, a um modelo acerca da aceitabilidade das proposições como verdadeiras.

¹⁵⁴ BELTRÁN, 2005, p. 80.

enunciado sem crer no segundo. Assim, em termos de valor de verdade dos enunciados, pode ser verdadeiro p e não ser verdadeiro “está provado que p ” (assim como a hipótese inversa): trata-se da independência entre o valor de verdade do enunciado probatório e o valor de verdade da proposição que se declara provada.¹⁵⁵ Em suma: a verdade de um enunciado probatório na forma “está provado que p ” não depende das crenças do julgador, e sim da aceitabilidade de p como hipótese fática, à luz dos elementos de juízo disponíveis e de um determinado estândar de prova, como modelo dogmático.

4.2 SIGNIFICAÇÃO DOS ESTÂNDARES PARA A COMPREENSÃO DA “PERSUASÃO RACIONAL”

Os estândares de prova consubstanciam “barreiras” cuja transposição é condição necessária para que determinada alegação possa contar como judicialmente provada, a partir do estabelecimento de uma correspondência entre a prova jurídica da alegação e um conjunto de provas capaz de superar o estândar associado à questão para cujo desfecho a alegação é apresentada.¹⁵⁶ De modo similar ao que foi exposto em relação ao formalismo-valorativo, tais estândares podem ser perspectivados como modelos de tomada de decisão, a partir de duas estratégias acerca das condições para a interrupção da “coleta” de elementos informativos - para fins de valoração - para a fundamentação decisória a respeito dos fatos: a) a estratégia da “busca do ótimo” e b) a estratégia da “busca do satisfatório”. Tais estratégias têm em vista a probabilidade de erro considerada aceitável em termos de “tratamento” jurídico de uma proposição como suficientemente provada. Assim, dado um conjunto de meios de prova juridicamente admitidos em um caso concreto C (em que se associam as probabilidades de erro a determinado subconjunto onde tais probabilidades são medidas por referência ao que se considera como decisão juridicamente correta), um estândar de prova S , relativo à decisão D do julgador J , é a menor probabilidade de erro juridicamente “tolerável” para a decisão D de

¹⁵⁵ Essa independência dá conta da circunstância atinente à assimilação, no contexto judicial de tomada de decisão sobre fatos, entre as condições de aceitabilidade racional da crença em determinada proposição científica, de um lado, e as condições de aceitabilidade racional da crença na pessoa que afirma essa mesma proposição, de outro lado (o tratamento da verdade da proposição como algo mediado pela deferência conferida a quem a enuncia sob circunstâncias juridicamente delimitadas), como na hipótese da prova pericial.

¹⁵⁶ SCHUARTZ, 2007, p. 117. Schuartz assinala que os precisos termos em que a “capacidade de superação” vier a ser normativamente concebida deverão ser sensíveis às peculiaridades do tipo de conhecimento mobilizável nos processos judiciais. Sobre os estândares de prova (sob a denominação de “modelos de constatação”), KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

J. Em outros termos, para um determinado estândar S, um dado conjunto de provas E “supera” S somente se a probabilidade de erro associada a E é menor ou igual à máxima probabilidade de erro juridicamente tolerável, tendo em vista uma função que associa, a cada conjunto de provas (E2) em relação ao conjunto de E que supera o estândar, uma variável que expressa o custo de produção de E2 (a obtenção de todas e cada uma das provas deste conjunto). Diante de tal contexto, o conjunto de provas “ótimo” para a autoridade investigadora é aquele que apresenta o menor custo (*lato sensu*) de produção dentre aqueles que atingem a “capacidade de superação” delineada pelo estândar S.¹⁵⁷

A estratégia da busca do satisfatório, por seu turno, baseia-se no modelo de racionalidade limitada, em que a busca por alternativas de decisão estende-se até que seja encontrada uma alternativa “satisfatória”, no sentido do alcance ou da superação de determinado “nível de aspiração” associados a determinados objetivos, não envolvendo, portanto, otimização (ou “regra ótima de parada”, conforme aludido, ou seja, um critério que determina a interrupção da busca por dados quando os custos e os benefícios marginais associados à busca são iguais). Seguindo Luiz Fernando Schuartz, a representação da decidibilidade como busca por alternativas orientadas em “níveis de aspiração” e resultados apenas satisfatórios (segundo esses níveis) mostra mais adequada no que diz respeito à “coleta” e valoração de provas judiciais, tendo em vista a existência de restrições (inclusive cognitivas), fazendo com que tal “coleta” deva ser necessariamente interrompida em um dado momento para possibilitar a tomada de decisão judicial, nos quais o recurso ao critério da igualdade entre custos e benefícios marginais não apresenta operacionalidade, tendo em vista as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos, já anteriormente mencionados. Assim, a modelagem da instrução processual, como formulação de estândar de prova em termos de “nível de aspiração”, deve levar em consideração o “valor” de determinadas variáveis institucionais: nesses moldes, a identificação de um conjunto de provas apto a superar um dado estândar compreende-se como a busca de um conjunto de provas satisfatório

¹⁵⁷ Conforme Schuartz, o resultado ótimo ocorre, na perspectiva do julgador, quando: a) a instrução completou-se e é “robusta” para os fins decisórios; b) o custo de produção das provas foi o mínimo possível; e c) a decisão é a mais adequada às provas. Se isso ocorre regularmente, o sistema funciona de modo a minimizar a soma dos custos de decisão e do custo esperado das decisões eventualmente errôneas. Na perspectiva do julgador, a instrução coloca-se como um processo de acúmulo de provas que pode e deve ser encerrado ao atingir seu “ponto ótimo de parada”; assim, a instrução inicia com um conjunto probatório E, que vai sendo ampliado apenas se o custo social de produção da prova adicional é compensado pelo benefício social que essa prova produz, e que consiste na redução do custo de uma decisão suportada de forma exclusiva pelas provas até então acumuladas, em confronto com a probabilidade de erro de uma tal decisão. SCHUARTZ, 2007, p. 117.

relativamente ao estandar em questão.¹⁵⁸ Tal estratégia (como decisão de segunda ordem) dá-se “em nome da racionalidade instrumental, que recomenda um olhar retrospectivo e deferente aos julgados passados e uma estratégia marginalista de inovação (isto é, criação e modificação de regras) como os mais adequados - no sentido próprio da minimização da soma dos custos de decisão e do custo esperado de decisões equivocadas - diante das limitações cognitivas e imperfeições institucionais que caracterizam a situação das autoridades chamadas a decidir os casos concretos”,¹⁵⁹ em paralelo ao que foi exposto a respeito do formalismo-valorativo.

A racionalidade, nesses moldes, garante-se mediante a definição de modelo cuja aplicação maximize, em termo de “média”, o valor de determinado índice de qualidade epistêmica das decisões, baseando-se na expectativa de que o “sacrifício” do máximo local - busca por decisões que maximizem localmente um índice previamente definido - serve à obtenção do máximo global - maximização do mesmo índice para um conjunto determinado de decisões. Uma decisão de segunda ordem nesses moldes exige que as normas de regulação probatória induzam, em média, decisões qualitativamente superiores do ponto de vista epistêmico (em relação àquelas adotadas a partir da estratégia de maximização local), à luz, portanto, do modelo epistemológico cognoscitivista supra alinhado. Para tanto, (a) os custos de decisão associados à aplicação de tais normas não devem ser muito superiores aos associados à busca da máxima qualidade epistêmica local, e (b) a contribuição marginal (associada às normas aludidas), para a redução das probabilidades de erros, não pode ser muito inferior àquela associada à referida busca.¹⁶⁰ A partir dos pontos (a) e (b), não se

¹⁵⁸ SCHUARTZ, 2007, p. 126. O autor destaca que o “conjunto de provas satisfatório” seria aquele capaz de resistir à comparação ponto a ponto com o conjunto de provas visto como padrão para o caso em análise (aquele a partir do qual enunciados similares foram considerados provados em decisões paradigmáticas). Assim, o estandar seria um esquema abstrato composto por certos tipos de prova, cujas instâncias particulares estariam materializadas nos casos paradigmáticos usados para fins de comparação. Nesses moldes, a função social da processualística na formulação de estandares - é dizer: função social como construção de modelos dogmáticos - vincula-se ao “ajustamento dinâmico” de determinado “nível de aspiração”: a estabilização do estandar dá-se na experiência probatória com as mesmas atividades que se trata de avaliar (quanto à correção) por seu intermédio, vislumbrando o estandar na condição de modelo de valoração racional da prova. Ou seja, a explicitação de estandares adequados intentam racionalizar os fatores que influenciam o convencimento dos julgadores, de molde a tornar o convencimento judicial suscetível de racionalização.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 127.

¹⁶⁰ O ponto (a) reflete a necessidade de evitar a busca da verdade “a qualquer custo”, incluindo os custos de violação de direitos fundamentais implícitos nas restrições jurídicas à utilização de determinados meios de prova. O ponto (b), de seu turno, indica a “distância” das conclusões que podem ser inferidas a partir de uma ou outra decisão de segunda ordem a respeito da prova judicial. A partir disso, uma regra de exclusão de prova relevante pode se mostrar epistemologicamente justificada na medida em que se demonstra sua aptidão para maximizar a informação relevante disponível nos processos, ainda que tenha um “efeito empobrecedor” da informação disponível em algum processo concreto. Isso com a condição de que não se possa alcançar o mesmo *quantum* de informação “global” de outro modo que não produza tais efeitos negativos em um determinado processo. Tais pontos associam-se às regras epistemológicas do modelo cognoscitivista, no sentido de reconhecer que os limites

mostra aceitável simplesmente decidir que a prova dos fatos segue um procedimento justificado pelas consequências “agregadas” (de segunda ordem) em termos de redução de erros com absoluta independência do que isso supõe em cada processo concretamente perspectivado.

Disso resulta claro que a dogmática processual, em geral de forma implícita, invoca a articulação entre decisões de primeira e de segunda ordem: “o que conta como estândar de prova, em última instância, é determinado por padrões de comportamento empiricamente verificados em uma determinada comunidade jurídica, que expressam as condições nas quais os seus membros tratam-se reciprocamente como juridicamente obrigados a reconhecer uma *performance* de um certo tipo (i.e., *performance* cujo fim é provar um fato no âmbito de um processo de adjudicação) como bem ou mal-sucedida”.¹⁶¹

Nesse contexto, à dogmática, então, incumbe obstaculizar que o “livre convencimento” seja equiparado à concepção psicologista ou subjetivista “persuasão” como “convicção psicológica” - no que diz respeito à valoração probatória; é dizer: que a “persuasão” seja vista em termos de “convicção psicológica”. Isso porque as condições de convencimento com relação às provas produzidas no processo devem ser estabelecidas de maneira tal que a sua verificação seja intersubjetivamente controlável nos casos judiciais, e tal demanda por controle intersubjetivo (racional) sobre a valoração probatória não se coaduna com a busca por “estados” de convicção imunes ao erro; ao contrário, promove a consciência da inevitabilidade do risco da sua ocorrência. Assim, “dada uma decisão qualquer, a probabilidade de que seja incorreta por ter tomado como verdadeiro (falso) aquilo que é falso (verdadeiro) é sempre estritamente positiva, e o dever *erga omnes* de prestação de contas com base em razões intersubjetivamente válidas direciona a atenção do julgador para a própria falibilidade, colocando sobre novos alicerces epistemológicos o problema do grau de

existentes no contexto do processo judicial em relação à busca da verdade não tornam tal busca “sem sentido”; ao contrário, o decisor racional deve intentar maximizar a finalidade de busca da verdade quanto ao seu conhecimento acerca dos enunciados fáticos relevantes ao caso, em prol da maximização da justificação epistêmica das decisões (em vista à redução do risco de erros). Significa dizer: quem considera que o processo tem a função de aplicar corretamente as normas jurídicas para “pôr em prática” o direito ao tutelar efetivamente os direitos individuais e coletivos, compromete-se em configurar a determinação da verdade dos enunciados fáticos como finalidade ou valor instrumental em relação ao objetivo principal do processo, correspondente à formulação de uma decisão juridicamente correta.

¹⁶¹ SCHUARTZ, Luis Fernando. Interdisciplinaridade e adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência no direito. *Revista brasileira de filosofia*, São Paulo, v. 232, 2009. p. 154. Segundo Schuartz, “podemos pensar os padrões efetivamente selecionados ou praticados como oscilando entre dois tipos de condições de convencimento, a saber: (i) aquelas que pressionam o decisor na direção da procura por razões intersubjetivamente compartilháveis e cientificamente credenciadas para fins de prestação de contas acerca dos fundamentos de sua decisão; e (ii) as que não o fazem, reservando um amplo espaço de liberdade ao decisor que poderá -, mas não, necessariamente, deverá ter que - ocupá-lo com argumentos compartilhados (de procedência científica ou não)”. *Ibidem*, p. 154.

confiança exigível para que se possa considerar uma determinada proposição como juridicamente provada”.¹⁶² O problema da decidibilidade, portanto, envolve a escolha de normas que minimizem os custos esperados de decisões equivocadas, escolha sujeita à restrição dada pelo objetivo da preservação da controlabilidade racional sobre os argumentos empregados nas inferências probatórias. Em tal contexto, aquilo que se denomina de “valoração da prova” deve ser concebido como uma atividade racional (e, por conseguinte, suscetível de exteriorização), consistente em comprovar a verdade dos enunciados fáticos à luz das provas disponíveis. Importa frisar: o modelo cognoscitivista funda-se no reconhecimento de que o convencimento do julgador pode ser equivocado. Para uma concepção que seja meramente subjetivista da prova (e do “livre convencimento”), ao contrário, as convicções não são - nem podem ser - corretas nem equivocadas; nem verdadeiras nem falsas: simplesmente existem ou não na mente (ou no âmbito psicológico) do juiz.

O problema da decidibilidade no âmbito da prova judicial dos fatos envolve, então: (a) o objetivo da busca da verdade, a partir da consciência da falibilidade dos procedimentos usados para tanto; (b) o objetivo de minimização do risco de erro quanto à verdade dos enunciados fáticos; (c) o objetivo de minimização dos custos envolvidos para minimizar o risco de erro; (c) o objetivo da busca por finalidades independentes da busca da verdade; e (d) o objetivo da distribuição do risco de erro que, segundo Bayón,¹⁶³ vincula-se à idéia fundamental da formulação de estândares de prova. A valoração racional da prova vincula-se à atribuição de graus de confirmação a cada uma das hipóteses rivais sobre os fatos, em que alguma delas obtém um grau de confirmação maior ou tais graus são iguais, tendo em vista a comparação do grau de suporte indutivo de cada hipótese fática à luz de um conjunto de elementos probatórios. Assim, um sistema jurídico-processual indiferente à distribuição do erro, nos casos em que dentre as distintas hipóteses fáticas somente uma delas resta confirmada - sendo as demais refutadas - ou em que uma das hipóteses alternativas obtém um grau de confirmação maior, não necessita de um critério externo ou adicional à própria valoração racional para determinar o que se deve considerar como provado. Nos casos em que os graus de confirmação sejam iguais - ou que exista mais de uma hipótese fática não refutada

¹⁶² SCHUARTZ, 2009, p. 157.

¹⁶³ BAYÓN, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Analisi e Diritto*, Genova, Giappichelli, 2009. p. 6. Pode-se dizer que o sistema processual não pretende somente a redução dos erros, à luz das duas dimensões da justificação da decisão sobre os fatos: sob uma dimensão material, a decisão está justificada se a proposição que se declara provada é verdadeira; sob uma dimensão procedimental, a decisão está justificada se a hipótese fática que se declara provada encontra apoio nos elementos de juízo disponíveis.

-, o sistema indiferente à distribuição do erro necessita, para evitar o *non liquet*, de um critério de decisão externo à valoração probatória. Nesse contexto, a “sensibilidade”, quanto à distribuição do risco de erro, mostra-se como “mínima” quando o sistema não corrige - porque não se reputam existentes razões justificatórias para tanto - a atribuição de tal risco que resulta em ter por provada a hipótese com um grau de confirmação mais elevado, mas ao menos dirime, de forma não aleatória, no sentido de estabelecer qual litigante suporta o risco de erro quando as hipóteses rivais apresentam o mesmo grau confirmatório. Por outro lado, a “sensibilidade” “mais que mínima” é aquela em que o estandar, por sua maior exigência (como indicador do grau de probabilidade exigível), corrige - porque se reputam existentes razões justificatórias para tanto - a atribuição do risco de erro que resulta em ter como provada a hipótese que apresente grau confirmatório mais elevado: tal correção consiste em considerar como provada a hipótese mantida pelo litigante que deve, à luz das razões justificatórias aludidas, ficar menos protegido do risco de erro somente na hipótese de satisfazer exigências adicionais (*verbi gratia*, além do grau confirmatório mais elevado exige-se que a hipótese sustentada alcance um *quantum* de confirmação determinado).¹⁶⁴

A construção ou formulação de estandar de prova - como modelo dogmático - vincula-se, portanto, com os dois erros possíveis em tema de decisão sobre os fatos: (1) aceitar como verdadeiro (ou dar por provado) o que é falso; e (2) não aceitar como verdadeiro (ou dar por não provado) o que é verdadeiro. A decisão judicial baseada em tese fática errônea afeta, evidentemente, a tutela dos direitos. Assim, dependendo da importância concedida aos direitos afetados - à luz do direito material - por cada tipo de erro, o estandar será mais ou menor exigente (com esse tipo de erro) e, por conseguinte, mais ou menos exigente, tendo em vista três situações possíveis: a) se se considera que os direitos afetados pelos dois erros possíveis merecem a mesma proteção - se ambos os erros são igualmente toleráveis -, o estandar não será particularmente exigente (bastando o estandar da probabilidade preponderante); b) se se considera que os direitos afetados pelo erro (1) merecem maior

¹⁶⁴ A decisão de segunda ordem acerca de qual distribuição do risco de erro considera-se como a mais adequada para cada tipo de processo pressupõe que a formulação do estandar deva ser tal que de sua aplicação correta resulte exatamente a distribuição do risco que se reputa justificada. Ou seja, que de sua aplicação correta resulte a *ratio* entre “falsos positivos” - casos em que se dá como provado o que é falso - e “falsos negativos” - casos em que se dá por não provado o que é verdadeiro -, que se considera apropriada. Da mesma forma, da aplicação do estandar deve resultar tal distribuição do risco de erro, precisamente em razão da qualidade dos elementos de prova e das inferências probatórias que é preciso levar a cabo a partir de tais elementos. Isso pressupõe que o estandar deve mostrar ao julgador, como critério objetivo (e não “psicológico”), quando está justificada a declaração de um enunciado fático como provado, e não que o juiz declare provado tal enunciado quando ele “alcança um determinado grau de convencimento” a respeito (concepção subjetivista). Em suma: o que justifica a decisão não é a circunstância de ter uma crença em certo grau e sim a corroboração quanto ao conteúdo da hipótese sobre os fatos.

proteção que os afetados pelo erro (2) - é dizer: considera-se socialmente mais tolerável o erro (2) que o erro (1) - então o estândar será particularmente exigente, não bastando a probabilidade preponderante, devendo existir, pois, uma probabilidade “qualificada”; e c) se se considera que os direitos afetados pelo erro (1) merecem menor proteção que os afetados pelo erro (2) - considera-se mais tolerável o erro (1) que o erro (2) -, então o estândar será pouco exigente, podendo assumir, assim, uma probabilidade “abaixo” da probabilidade preponderante.

Do exposto, pode-se dizer que o modelo cognoscitivista consubstancia-se como instrumento metodológico necessário à construção dos estândares de prova - nos moldes como aqui concebidos. Nesse sentido, o estabelecimento do “ponto” a partir do qual o nível de corroboração de uma hipótese fática revela-se suficiente (grau de probabilidade suficiente para dar por provada uma hipótese) - que supõe uma decisão sobre a repartição do risco de erro - corresponde a um problema de decidibilidade próprio à dogmática processual. Destarte, o controle racional a ser exercido sobre as decisões judiciais¹⁶⁵ no âmbito da prova exige a contrastação destas com os modelos de valoração¹⁶⁶, à luz do objetivo institucional de averiguação da verdade.

A “livre apreciação” da prova, nesse contexto, pode ser vista, como já indicado, como “princípio metodológico (negativo)”, que permite ao julgador não dar por provados enunciados fáticos que estime insuficientemente provados.¹⁶⁷ Em outros termos: tendo em vista o objetivo institucional de averiguação da verdade dos enunciados fáticos, a “livre apreciação” probatória permite ao juiz não dar por provado os enunciados que não gozam do grau de probabilidade aceitável, forte na identificação, fundada no modelo cognoscitivista,

¹⁶⁵ Segundo Jordi Ferrer Beltrán, o grau de corroboração de uma hipótese não está associado ao “grau” da crença do julgador, e sim das predições verdadeiras que se podem formular a partir da hipótese, e das dificuldades para dar conta das mesmas predições a partir das hipóteses rivais existentes no processo. Outrossim, o estândar, além da necessidade de sua formulação precisa para fins de controle intersubjetivo, deve incorporar a preferência pelos erros que são socialmente mais toleráveis, conforme exposto. A partir disso, a motivação do juiz deve apontar uma justificação do preenchimento do critério, fornecido pelo estândar, por parte da hipótese considerada provada, *pari passu* com a justificação de que outras hipóteses alternativas não alcançam o nível de corroboração exigido pelo estândar. O estândar, a partir disso, apresenta um “valor heurístico” e um “valor justificatório”. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 146.

¹⁶⁶ Importa distinguir dois dentre os chamados modelos probabilísticos de valoração (como modelo que possibilita ao juiz a determinação da probabilidade de que uma hipótese seja verdadeira): o da probabilidade indutiva ou lógica (não matemática, e sim causal): modelo de racionalização da valoração a partir do procedimento de eliminação (e de corroboração) de hipóteses, modelo onde o nível de corroboração ou apoio indutivo corresponde à probabilidade indutiva da hipótese; e o da probabilidade estatística (fundada em cálculos de probabilidades matemáticas). No texto se fará referência apenas ao modelo da probabilidade indutiva.

¹⁶⁷ O “livre” convencimento diz respeito à liberdade do julgador quanto à imposição de regras jurídicas determinativas do resultado probatório; assim, não há liberdade de convencimento quanto à lógica e à racionalidade, sob pena de arbitrariedade no julgamento dos casos judiciais. Ademais, o chamado princípio do livre convencimento tem aplicação no plano da valoração das provas, e não no plano da admissibilidade e no da relevância.

das condições probatórias que justificam o convencimento judicial. Conforme Gascón Abellán,¹⁶⁸ sendo a valoração um juízo de aceitabilidade dos enunciados fáticos, e tendo em conta que tais enunciados serão considerados aceitáveis quando seu grau de probabilidade for estimado como suficiente, os critérios (positivos) de valoração indicam quando um enunciado fático alcança esse grau de probabilidade suficiente, e maior que quaisquer outros enunciados alternativos sobre os mesmos fatos. Concebe-se a valoração da prova, assim, como uma atividade racional consistente na eleição da hipótese mais provável entre as diversas reconstruções possíveis acerca dos fatos. Nesses moldes, o controle racional - cuja possibilidade é tarefa própria à dogmática processual - visa à verificação da eleição da hipótese racionalmente mais aceitável entre as distintas reconstruções possíveis acerca dos fatos da causa.

Nesse contexto, a racionalização da valoração probatória pode ser perspectivada a partir do modelo de probabilidade indutiva: a probabilidade de uma hipótese apóia-se em sua conexão lógica com as provas por meio de regras (causais) gerais, conexão a partir da qual mensura-se o grau de apoio (indutivo) que as provas proporcionam à hipótese fática. Nesses moldes, uma hipótese provável é aquela em que se mostra possível fundar a hipótese mediante inferências a partir das provas disponíveis; “probabilidade”, assim, corresponde ao critério de correção de uma “regra de prova”. A probabilidade indutiva, portanto, funda-se em uma “regra de prova” indutiva correta. A “regra de prova” para avaliar a probabilidade indutiva de uma hipótese fática consiste em demonstrar que, no caso particular considerado, não concorrem circunstâncias concretas que excluem a aplicação de uma regra geral (no sentido de generalização empírica: “máximas de experiência”): além da circunstância de que as provas disponíveis devam proporcionar um alto grau de apoio à hipótese, o modelo indutivo exige que tais provas permitam a exclusão de hipóteses alternativas. Assim, o procedimento de eliminação de hipóteses é um modo de aumentar o grau de probabilidade indutiva de uma hipótese confirmada por um dado probatório que é também compatível com outras hipóteses. A racionalização da valoração probatória, no âmbito do modelo indutivo, consiste no procedimento hipotético de aquisição de conhecimento desenvolvido através de sucessivas confirmações das hipóteses (*pari passu* à submissão destas à refutação). A aceitabilidade das hipóteses está em função do seu grau de confirmação - à luz do material probatório disponível

¹⁶⁸ ABELLÁN, 2010, p. 144. Assinala a autora que o objetivo dos modelos de valoração consiste em subministrar esquemas racionais para determinar o grau de probabilidade das hipóteses fáticas; os esquemas de valoração racional, assim, consubstanciam esquemas probabilísticos. Pode-se dizer, então, que tais modelos configuram teorias das condições de verdade do enunciado “está provado que *p*” (condições que, frise-se, não são as mesmas condições de verdade da própria proposição *p*).

- e de sua resistência às contraprovas. Uma hipótese pode ser aceita se não restou refutada pelas provas disponíveis e estas tornam a hipótese provável ou confirmada, no sentido de mais provável que quaisquer outras hipóteses alternativas sobre os mesmos fatos.

À luz do exposto, verifica-se que a aceitabilidade de uma hipótese fática depende dos requisitos da confirmação e da não-refutação. Quanto ao primeiro requisito, uma hipótese H confirma-se por uma prova P se existe um nexos causal ou lógico entre ambas, fazendo com que a existência de P constitua uma razão para aceitar H. A confirmação consiste em uma inferência que leva - a partir de determinadas provas e de uma “regra de prova” que conecta essas provas com a hipótese - à conclusão no sentido da veracidade da hipótese. A probabilidade indutiva de uma hipótese aumenta ou diminui com:¹⁶⁹ (a) o fundamento cognoscitivo e o grau de probabilidade representado pelas generalizações (regularidades, leis empírico-causais ou “máximas de experiência”) usadas (o grau de probabilidade de uma hipótese é diretamente proporcional ao fundamento e ao grau de probabilidade representado pelas generalizações empíricas usadas na confirmação); (b) a “qualidade” (ou “robustez”) epistemológica das provas que a confirmam a probabilidade de uma hipótese é tendencialmente maior quando vem confirmada por constatações ou conclusões do que quando vem confirmada por outras hipóteses; (c) o “número de passos inferenciais” componentes da “cadeia de confirmação” (a probabilidade de uma hipótese é menor quanto maior seja o número de “passos” componentes do procedimento probatório que conduz à sua confirmação); e (d) a “quantidade” e a “variedade” de provas ou confirmações (a probabilidade de uma hipótese aumenta com a quantidade e a variedade das provas confirmatórias). Por fim, e quanto ao segundo requisito, para aceitar-se uma hipótese fática é necessário que esta, além de confirmada, não seja refutada pelas provas disponíveis.

4.3 ESTÂNDARES DE PROVA, ENUNCIADOS PROBATÓRIOS E ENUNCIADOS DOGMÁTICOS

Se provar um enunciado fático consiste em mostrar que, à luz da informação de que se dispõe no processo judicial, está justificado aceitar que esse enunciado ocorreu (na realidade empírica), pode-se, no âmbito da prova judicial, distinguir: (a) a hipótese sobre o assertiva

¹⁶⁹ ABELLÁN, 2010, p. 160.

fática que se pretende provar; (b) a informação acerca de outros fatos mais ou menos vinculados com o fato componente da hipótese de que se dispõe (que pode estar na forma de indícios ou de provas propriamente ditas); e (c) a relação entre a hipótese fática e os indícios (consoante a forma inferencial “provas→enlace→hipótese a provar”). Segundo Daniel González Lagier,¹⁷⁰ para valorar a solidez da inferência probatória mostram-se relevantes determinados critérios, alguns referidos às provas ou aos indícios (sua confiabilidade ou credibilidade, sua suficiência, sua variabilidade, dentre outros critérios), outros referidos à hipótese (se ela é coerente, se não foi refutada, se é possível corroborar as hipóteses que se inferem da hipótese do fato a provar ou se é possível eliminar as hipóteses alternativas) e outros relativos ao enlace entre provas e hipótese a provar (a fundamentação do enlace ou o grau de probabilidade com que se correlacionam as proposições acerca dos fatos). Cada uma das modalidades existentes de enlace embasa-se em determinado fundamento (requisito para a correção do enlace), em determinada finalidade (objetivo, epistêmico ou prático, que o enlace trata de satisfazer) e em uma específica “força” (grau de solidez que o enlace aporta à inferência probatória, como maior ou menor resistência em relação à superação por outras inferências, caso os critérios relativos aos demais elementos da inferência mantenham-se iguais).

Nesse contexto, são distinguíveis três classes de inferências probatórias: i) inferência probatória epistêmica; ii) inferência probatória normativa; e iii) inferência probatória interpretativa. Em relação à primeira classe, o enlace consiste em uma regra descritiva (uma “máxima de experiência”), no sentido de uma generalização empírica feita a partir de experiências prévias que associa fatos do tipo que se pretende provar com fatos do tipo que constituem as provas ou os indícios. Tal enlace tem como fundamento a observação de uma associação mais ou menos regular entre dois fatos; tem como finalidade a aproximação, na maior medida possível - à luz das informações disponíveis -, com a verdade acerca dos enunciados fáticos que se inferem; e sua “força” vem determinada pela solidez do argumento indutivo em que se funda o enlace. No que concerne à segunda classe de inferência probatória, o enlace diz respeito a regras dirigidas ao juiz que o obrigam a aceitar como provados determinados enunciados quando se dão determinados fatos prévios (regras de determinação de resultado probatório ou “provas legais”). Tais regras podem ter como fundamento a observação de uma associação regular entre fatos (conferindo, assim, *status*

¹⁷⁰ LAGIER, Daniel González. Sobre el papel de los valores en la aplicación del derecho. In: COMANDUCCI, Paolo; AHUMADA, María; LAGIER, Daniel. *Positivismo jurídico e neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2009. p. 63.

legal a generalizações empíricas) ou algum valor tido por relevante; destarte, sua finalidade pode ser a averiguação da verdade (na hipótese de conferir *status* legal a determinada generalização empírica) ou a preservação, proteção ou promoção do valor tido por relevante; sua “força”, por fim, confunde-se - por consistir em normas jurídicas - com o próprio caráter normativo do direito. Em relação à terceira classe de inferência probatória, o enlace consiste em uma regra conceitual (uma definição ou uma teoria), que permite interpretar certos fatos como uma hipótese de determinado tipo de fato (como sendo, por exemplo, um caso de “ação”, de “omissão” ou de “causa”). O fundamento dos critérios conceituais utilizados na prova judicial remete às condições de correção ou de adequação dos conceitos;¹⁷¹ sua finalidade remete à função dos conceitos como instrumentos de ordenação, classificação e compreensão da realidade empírica, à luz de leis explicativas e preditivas; sua “força”, de seu turno, depende do grau ou da robustez de sua fundamentação, bem como de sua “gênese” legal ou jurisprudencial e, especialmente, de sua consistente articulação na conceptualidade dogmática. A inferência probatória cujo enlace consiste em critérios conceituais mostra a correlação entre enunciados dogmáticos (que incluem os “conceitos fáticos”, como os conceitos de “ação”, “omissão” e “causa”) e enunciados probatórios (fundados em critérios conceituais correspondentes aos “conceitos fáticos”); ademais, sendo os estândares de prova modelos dogmáticos, verifica-se como a valoração, no sentido de juízo de aceitabilidade dos enunciados fáticos em que consistem os resultados probatórios, vincula-se à autoridade da razão dogmática no que diz respeito à verificação da eleição da hipótese racionalmente mais aceitável dentre os enunciados a respeito dos fatos: a função social da processualística - a partir do delineamento dos referidos critérios conceituais -, nesse sentido, está em aclarar quando e em quais condições a atividade do juiz em relação aos fatos pode ser racionalmente controlável.

No ponto, importa destacar que do contexto da prova judicial decorre um conjunto ordenado de enunciados fáticos cuja ordem, conforme Michele Taruffo,¹⁷² constitui a distribuição de tais enunciados em quatro níveis distintos: 1) no primeiro nível encontram-se os enunciados que descrevem fatos principais: são os enunciados que se referem a cada uma

¹⁷¹ No contexto, cumpre registrar: existe um “*quantum*” de comprovação empírica e um “*quantum*” de adscrição na prova judicial, em cujo âmbito mostra-se imprescindível a utilização de “conceitos fáticos”, a partir dos quais se especificam critérios de adequação diferenciados. Assim, com os mesmos elementos de prova e com os mesmos critérios epistêmicos de valoração pode-se chegar a resultados probatórios distintos dependendo de qual seja a definição dos conceitos empregados (*verbi gratia*, acerca do conceito de “relação de causalidade”). Isso mostra a relevância dos critérios de controle da correção das regras conceituais e, portanto, dos enlaces componentes das inferências probatórias.

¹⁷² TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 233.

das circunstâncias - cruciais para os efeitos da decisão - cuja combinação constitui a narração do fato principal; 2) no segundo nível encontram-se os enunciados que descrevem fatos secundários: são os enunciados que se referem a indícios ou fatos-base de presunções pelos quais se extraem inferências relativas à verdade ou falsidade dos enunciados sobre fatos principais (frise-se que a premissa de uma inferência não deve ser confundida com a conclusão que dela se extrai); 3) no terceiro nível encontram-se os enunciados que resultam das provas praticadas em juízo como, por exemplo, as declarações testemunhais ou as afirmações contidas em documentos; e 4) no quarto nível encontram-se os enunciados a respeito das circunstâncias que possibilitam inferências relativas à credibilidade ou confiabilidade dos enunciados do terceiro nível, referidas, por exemplo, à credibilidade de uma testemunha ou à autenticidade de um documento, no âmbito do que se denomina de “prova de segunda ordem” ou “prova sobre prova”: o que se pode inferir a partir do resultado desta prova é a credibilidade de determinado elemento probatório, que permite, por sua vez, realizar inferências sobre o valor de verdade dos enunciados sobre os fatos do caso. Tais níveis relacionam-se por meio de inferências probatórias,¹⁷³ esquematizáveis do seguinte modo: a) os enunciados do segundo nível representam as premissas de inferências probatórias que permitem chegar a conclusões relativas a enunciados do primeiro nível: assim, os fatos secundários são levados em consideração na medida em que resultem logicamente relevantes como fontes de prova indireta de um fato principal; b) os enunciados do terceiro nível representam informações relevantes para a determinação dos fatos descritos no primeiro nível, ou informações relevantes para a determinação de fatos descritos no segundo nível; e c) os enunciados do quarto nível representam informações relevantes para controlar a credibilidade dos enunciados probatórios que se colocam no terceiro nível, e eventualmente permitem fundar inferências dirigidas a controlar o valor de tais informações. Tal esquema serve à elucidação do conceito de confirmação lógica ou indutiva da hipótese a partir das informações disponíveis: a hipótese que se trata de confirmar corresponde ao conjunto dos enunciados relativos aos fatos principais (que constituem o primeiro nível aludido); as provas dão lugar aos enunciados que compõem o terceiro nível do conjunto total dos enunciados fáticos, e que confirmam diretamente os enunciados do primeiro nível, assim como os enunciados relativos

¹⁷³ Cumpre destacar, no contexto, que o problema dos padrões de prova vincula-se à “montagem” de “inferências secundárias” no âmbito da prova judicial, que formam uma rede inferencial - composta de cadeias menores de inferências auxiliares e instrumentais à obtenção da conclusão final - cuja conclusão aparece, como premissa fática, na “inferência primária” que conduz à decisão a ser adotada no caso judicial. Cada “passo” na “montagem” requer do julgador a tomada de decisões intermediárias referentes à interrupção das atividades de “coleta” de provas, e cada decisão intermediária sujeita-se à motivação, como condição necessária à justificação racional da solução jurídica veiculada na decisão final.

aos fatos secundários que estão no segundo nível; estes últimos, por seu turno, atribuem confirmação inferencial aos enunciados sobre os fatos principais; por fim, os enunciados do quarto nível têm a função de atribuir confirmação, em termos de credibilidade ou fiabilidade, aos enunciados que expressam os resultados delimitados pelas provas.¹⁷⁴ Assim, o grau de confirmação de um enunciado resulta de inferências lógicas que levam em consideração a quantidade e a qualidade das provas disponíveis, seu grau de credibilidade e sua coerência, no que tange à combinação dos elementos componentes do conjunto probatório. O conceito de probabilidade lógica ou indutiva - referido a inferências lógicas entre proposições, não sujeitas, portanto, à quantificação - perspectiva-se como grau de confirmação de um enunciado sobre a base dos elementos de prova que se referem a ele.

Nesse contexto, e conforme anteriormente aludido, cumpre frisar que um fator central de relevância a respeito dos enunciados probatórios diz respeito às definições e conceitos aceitos e utilizados para ordenar o material empírico. No particular, os conceitos podem ser divididos em três tipos: classificatórios (delimitam um objeto ou um fato em determinada classe caracterizada por uma propriedade comum), comparativos (permitem comparar em que grau dois objetos ou fatos possuem uma mesma propriedade em comum) e métricos (atribuem aos objetos ou fatos um número ou uma quantificação ou uma magnitude). Afirma-se que os conceitos devem reunir determinados requisitos formais e materiais de adequação. A respeito das condições formais (como requisitos ideais nem sempre alcançáveis), os conceitos (i) não devem ser vazios (devem incluir ao menos um indivíduo ou elemento pertencente ao âmbito ou domínio que se toma como referência); (ii) devem ser excludentes (nenhum indivíduo ou elemento deve ser enquadrado em mais de dois conceitos distintos); e (iii) devem ser exaustivos (todo elemento do domínio deve ser enquadrado em um ou outro conceito).

De seu turno, as condições materiais remetem à distinção entre conceitos componentes das classes naturais e conceitos componentes das classes convencionais: em relação aos primeiros, as condições de adequação material são estabelecidas pela própria realidade

¹⁷⁴ TARUFFO, 2010, p. 237. Taruffo assinala que as inferências que permitem conectar as informações disponíveis - isto é, as provas - com a hipótese que se trata de confirmar fundam sua validade e credibilidade nos critérios que são utilizados para estabelecer esta conexão, cujo resultado permitirá, eventualmente, afirmar que a hipótese-conclusão restou confirmada, à luz do fundamento cognoscitivo em virtude do qual a inferência pode ser considerada fundada e apta para atribuir um grau considerável de credibilidade à conclusão que dela decorre. Assim, o fundamento da inferência corresponde ao critério de confirmação da hipótese que se trata de confirmar sobre a base das informações disponíveis. Conforme Taruffo, “el juez debe estar especialmente consciente de todo esto y de los riesgos de error que implica el uso incauto del sentido común y la experiencia: el valor de verdad de los juicios que el juez formula depende directamente del fundamento racional y cognoscitivo de las inferencias de las que esos juicios se derivan. Cuanto más profundo sea el análisis crítico de la nociones que el juez utiliza, tanto más fiables serán las inferencias probatorias que llevan a confirmar las hipótesis sobre los hechos” . Ibidem, p. 240.

empírica, relativamente independente das estruturas interpretativas convencionalmente construídas para compreendê-la; os critérios materiais de adequação, tendo em vista a relevância para o objetivo da ciência ou do domínio teórico a que pertencem, devem respeitar os gêneros naturais.¹⁷⁵ Em relação aos segundos, os conceitos mostram-se dependentes de tais estruturas convencionais de compreensão, e assim suas condições de adequação não podem ser estabelecidas pela própria realidade empírica, embora não possam ignorá-la. Nesses moldes, os conceitos exigem tanto condições naturais de adequação como condições convencionais de adequação. Tais condições convencionais dependem, em certa medida, do grau em que sirvam à finalidade buscada com a utilização dos conceitos: os objetivos buscados determinam os critérios de adequação dos conceitos, e estes critérios, por sua vez, determinam o conteúdo dos conceitos. Importa saber, portanto, a finalidade dos conceitos que funcionam como enlaces nas inferências probatórias interpretativas: as regras e critérios conceituais usados em tais inferências no âmbito da prova judicial cumprem a função de intermediação entre os dados empíricos oferecidos pela realidade e as qualificações jurídicas, com o fim de possibilitar a correta aplicação das normas jurídicas. O delineamento de “conceitos fáticos” (*verbi gratia*, “ação” ou “causa”) reporta-se à reconstrução dos seus conteúdos definitórios para fins de maximizar a adequação à realidade empírica - é dizer, como exemplo: qual o conceito de “causa” mais ajustado ou adequado à estrutura da realidade -, reconstrução distinta, mas relacionada àquela (de cunho teleológico-valorativo) realizada a respeito dos conteúdos definitórios dos conceitos em vista à aplicação judicial do direito - assim, *verbi gratia*: qual o conceito de “causa” mais ajustado ou adequado à valoração acerca da reprovação que merece ser imputada à conduta do agente.

Da distinção entre “adequação conceitual à realidade” e “adequação conceitual à finalidade” ressalta a autoridade da razão dogmática: conforme González Lagier, “los juristas pueden aprender de los análisis conceptuales de los filósofos aspectos muy importantes de conceptos como acción, causalidad, etc., pero estos análisis no pueden constituir la última palabra para el jurista”.¹⁷⁶ Isso porque, se há um núcleo conceitual comum a ser respeitado

¹⁷⁵ Do ponto de vista material, os conceitos devem levar em consideração o grau de organização ou estrutura ínsito à realidade empírico-objetiva. Outrossim, os conceitos devem satisfazer, na maior medida possível, sua finalidade. O fundamento dos critérios conceituais utilizados como enlaces nas inferências probatórias interpretativas depende da medida de satisfação das duas condições (ora referidas à realidade, ora referidas à finalidade).

¹⁷⁶ LAGIER, 2009, p. 79. Lagier aclara, em relação à assertiva exposta no texto, que a exigência de ajuste conceitual à estrutura da realidade evita uma tomada de posição “relativista”, tendo em vista que os conceitos propostos por distintas ciências, domínios teóricos ou “empresas intelectuais” devem apresentar um núcleo comum. Por outro lado, negar a importância daquilo que “fica fora” deste núcleo comum implica negar que os conceitos são, em certa medida, construídos em função das finalidades e interesses próprios a determinado

pelos “conceitos fáticos” (“adequação conceitual à realidade” ou condição natural de adequação conceitual), há um núcleo específico de tais conceitos - componentes dos modelos dogmáticos -, tendo em vista a condição convencional de adequação conceitual (“adequação conceitual à finalidade”) referida à finalidade prática da aplicação judicial do direito. Assim, a necessária “abertura” ao núcleo conceitual comum (respeito às classes naturais em relação a conceitos como, por exemplo, “causalidade”) não significa determinação por tal núcleo: nesse sentido, “o direito não deveria tolerar, entre as premissas das inferências que suportam as decisões, hipóteses amplamente refutadas pela ciência, mas a estabilidade das estruturas jurídicas requer certa indiferença ante os potenciais de problematização ativados rotineiramente pelos cientistas no exercício das suas obrigações funcionais”; desse modo, “o julgador deve monitorar o acesso de conteúdos proposicionais aos processos de adjudicação, atento às oportunidades reveladas e restrições impostas pelo funcionamento do sistema jurídico”,¹⁷⁷ haja vista que a dogmática jurídica coloca-se “em função” da função social do direito, conforme já destacado.

Tal particularidade compreende-se à luz da exigência (ou do problema) de decidibilidade, uma vez que a “hospitalidade irrestrita dos procedimentos de adjudicação jurídica a argumentos de procedência científica pode comprometer a satisfação das suas condições de racionalidade. Um procedimento juridicamente racional deve poder filtrar argumentos e propostas decisórias que inequivocamente situem-se fora do conjunto de argumentos e decisões juridicamente aceitáveis para cada caso concreto”.¹⁷⁸ Isso está de acordo, conforme Schuartz, com uma “demanda por coerência”, e “tende a incrementar o grau de penetração do conhecimento acumulado em disciplinas científicas no processo decisório, e com ele também o da aceitabilidade racional de argumentos e decisões que passem pelos filtros procedimentais”; entretanto:

domínio teórico ou prático, assertiva que, outrossim, vai ao encontro da função social da processualística como construção de modelos dogmáticos. Nesse sentido, Lagier aduz que “la construcción de los conceptos que los juristas usan para interpretar los hechos (conceptos como el de causalidad, acción, intención, etc.) se rige por dos tipos de condiciones de adecuación: condiciones de adecuación natural y condiciones de adecuación convencional, y que éstas últimas, en el caso del derecho, dada su finalidad práctica, remiten necesariamente a razonamientos basados en valores”. Ibidem, p. 80. De seu turno, tal asserção, registre-se, vai ao encontro da perspectiva do formalismo-valorativo como modelagem da experiência jurídico-processual. Lagier ainda especifica que “aunque haya varias maneras válidas distintas de construir estos conceptos, en relación con una finalidad concreta una alternativa será mejor que otra; esto es, para el derecho podemos asumir que hay una manera de reconstruir los conceptos fácticos mejor que otras”. Ibidem p. 80.

¹⁷⁷ SCHUARTZ, 2009, p. 167.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 137. A propósito, Schuartz assinala que “a robustez das premissas factuais das quais necessitam os procedimentos de adjudicação para manter chances de erro e graus de aceitabilidade racional das decisões jurídicas em níveis controláveis somente se alcança às custas das potencialidades da ciência”. Ibidem, p. 136. Essa é a premissa - manutenção de custos sociais de erro e de aceitabilidade racional das decisões judiciais em níveis controláveis - que justifica a perspectiva dos estândares de prova como modelos dogmáticos.

[...] sem boas regras que governem a conversão desse conhecimento acumulado em premissas de inferências jurídicas, corre-se o risco de ver elevar-se, com o aumento da sofisticação dos argumentos científicos trazidos para dentro dos processos de adjudicação, a probabilidade de que a questão da verdade das referidas premissas torne-se indecidível no âmbito desses processos e essa indecidibilidade seja ou ignorada perante opções arbitrárias entre teses consistentes, mas contraditórias entre si, ou arrastada até a conclusão do procedimento, sistematicamente enviesando os seus resultados ou fazendo com que dependam de estratégias e métodos não autorizados de seleção.¹⁷⁹

¹⁷⁹ SCHUARTZ, 2009, p. 137. A relação entre verdade e decidibilidade a partir dos critérios conceituais aceitos e utilizados, subministrados pela dogmática (critérios que, consoante exposto, ostentam relevante papel nas inferências probatórias no que tange às escolhas do julgador em relação à prova), destaca-se pelo fato de que “a demanda por normais gerais é importante para forçar a prestação de contas da parte do julgador quanto aos critérios que governam suas escolhas com relação à prova; tais escolhas são inevitáveis dadas as restrições que o direito coloca à investigação dos fatos e à busca da verdade ante o imperativo de decidibilidade dos conflitos jurídicos, e as suas explicitação e justificação são essenciais para a garantia de princípios elementares do Estado de Direito”. Ibidem, p. 151.

Parte II – Função social da processualística como construção da unidade da ordem jurídica

Assente que a identificação e a sistematização das normas jurídicas são tarefas primordiais da dogmática jurídica; pressuposto ao desempenho de tais tarefas é a identidade de um sistema jurídico e de uma ordem jurídica (a identidade do sistema corresponde à identidade dos critérios usados para a identificação dos seus elementos componentes). Assim, os critérios que conferem identidade a um sistema jurídico são os mesmos que conferem a sua unidade; conclui-se, desse modo, que a construção da unidade do sistema jurídico e da ordem jurídica consubstancia-se como função social da dogmática jurídica. As noções de sistema jurídico e sistematização de normas jurídicas - a partir da determinação do conteúdo conceitual do sistema - estão estreitamente vinculadas ao conhecimento do direito que, por sua vez, relaciona-se, fundamentalmente, com a aptidão do(s) sujeito(s) cognoscente(s) para determinar as condições de verdade dos enunciados jurídicos, como enunciados acerca dos direitos e deveres jurídicos dos cidadãos e dos agentes públicos. As condições de verdade dos enunciados jurídicos, destarte, pressupõem a reconstrução sistemática do direito, que se baseia no uso de critérios conceituais de identificação, de validade como pertinência e de aplicabilidade das normas jurídicas.

No que concerne à processualística, a tarefa corresponde à construção de tal unidade tendo em vista a dualidade de planos componentes da ordem jurídica: plano do direito material e plano do direito processual, cuja distinção conceitual - e relação teleológica - forma a base do conceito de tutela jurisdicional. Sendo a experiência jurídico-processual uma “experiência de unidade”, o lugar da dogmática processual na construção da unidade da ordem jurídica visualiza-se a partir da ênfase na aplicação judicial do direito, dada pela teoria jurídica, para fins de dar conta das condições de existência dos sistemas jurídicos, tendo em vista a relação entre as normas jurídicas - à luz do seu reconhecimento judicial como prática unitária de identificação¹⁸⁰ - e os fatos sociais - como práticas comportamentais complexas - a que se vinculam tais normas, fatos que conferem a estas uma dimensão social. A construção da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos, assim, perpassa pela identificação ou caracterização (ou *status* normativo) do juiz (como autoridade normativa dos

¹⁸⁰ “La unidad del sistema depende del hecho de que contiene solamente reglas que determinados órganos primarios están vinculados a aplicar. Los órganos primarios que han de considerarse como pertenecientes al mismo sistema son aquellos que se reconocen mutuamente el carácter autoritativo de sus determinaciones”. RAZ, Joseph. *Razón practica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 169.

“órgãos primários de aplicação”), e pela relação entre a Constituição e a dimensão social das normas jurídicas. Por fim, a função social da processualística perspectiva-se mediante dois conceitos que dão conta da distinção conceitual - e da relação teleológica - entre o plano material e o plano processual: a comensurabilidade entre tutela material e tutela jurisdicional e a aplicabilidade das normas jurídicas.

5 A UNIDADE DA ORDEM JURÍDICA E A DOGMÁTICA PROCESSUAL

A unidade da ordem jurídica, segundo Herbert Hart,¹⁸¹ torna-se possível a partir da combinação de normas primárias e normas secundárias (regras de alteração legal, regras de adjudicação e regra de reconhecimento). A regra de reconhecimento hartiana coloca-se como critério de unidade e identidade da ordem jurídica; ela serve, assim, de ponto de partida para a elucidação da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos (material e processual) como tema de especificação da função social da dogmática processual à luz das práticas de identificação do direito.

5.1 NORMAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS

A distinção entre os planos da ordem jurídica deve levar em consideração a diferenciação entre normas primárias e normas secundárias. Segundo Hart, uma estrutura social simples ou rudimentar seria aquela regulada apenas por normas primárias de obrigação (ou imposição de deveres). Uma estrutura social nesses moldes apresentaria uma série de “carências”: a absoluta falta de certeza, o caráter estático das normas e a insuficiência de

¹⁸¹ HART, Herbert. *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963. Para Hart, as normas primárias prescrevem que os indivíduos façam ou omitam determinadas ações; as normas secundárias, por seu turno, estabelecem que os indivíduos, a partir de determinadas condições, podem introduzir novas normas de tipo primário, extinguir ou modificar as normas anteriores, ou determinar de diversas maneiras os efeitos destas (ou controlar sua atuação). Sabe-se que a classificação de Hart é defeituosa porque utiliza distintos critérios para a diferenciação entre os tipos de normas: por um lado, baseia a distinção a partir do critério entre normas que impõem deveres e normas que conferem poderes (critério coextensivo a ambas as modalidades normativas); por outro lado, baseia a distinção na circunstância - como critério de diferenciação, portanto - de que as normas secundárias referem-se às normas primárias. Hart refere, ainda, que a distinção diz respeito ao fato de que as normas primárias regulam ações que implicam alterações “físicas” e as normas secundárias regulam ações que implicam alterações normativas.

pressão social difusa. O “remédio” para tais “carências” ou “defeitos” de uma estrutura social regulada apenas por normas primárias de obrigação consiste na complementação de tais normas com as normas secundárias, cuja tripartição em normas de alteração de normas, normas de adjudicação e regra de reconhecimento possibilita a passagem de uma “ordem rudimentar” para um genuíno sistema jurídico. Quanto ao caráter estático das normas, uma estrutura social formada somente por normas primárias não teria formas institucionais de adaptação da regulação, de modo deliberado, de acordo com as mudanças das circunstâncias sociais cambiantes (exigentes de alterações na regulação a elas referidas): não existiria meio de, deliberadamente, eliminar normas (antigas) e introduzir normas (novas). A possibilidade de introdução e de eliminação de normas, tendo em vista a alteração das circunstâncias que as normas intentam regular, pressupõe a existência de normas de alteração de normas, que facultem a determinados indivíduos a introdução de novas normas ou a eliminação das normas existentes. Quanto à insuficiência da pressão social difusa, a estrutura social formada somente por normas de obrigação não possibilitaria a emissão de decisões que impedisse a “eternização” de conflitos sociais a respeito da violação das normas primárias: para dar por terminadas tais discussões acerca da violação de normas mostra-se imprescindível a existência de órgãos específicos institucionais com competência e poderes para determinar de forma autoritativa e definitiva a existência de violação e a correspondente imposição de sanções ou consequências jurídicas. De seu turno, a possibilidade de emissão de decisões autoritativas a respeito das infringências das normas primárias pressupõe a existência de normas de adjudicação que, desse modo, facultam a determinados agentes normativos determinar, de forma revestida de autoridade, se em uma ocasião particular ocorreu uma transgressão a uma norma primária. Quanto à absoluta falta de certeza, a estrutura social formada somente por normas primárias seria “carente” de procedimento para solucionar as dúvidas que surjam a respeito de quais são as normas aplicáveis em determinado tempo e lugar, assim como a respeito de alcance das normas de obrigação. A solução em relação a tais dúvidas exige a existência de uma regra que remeta a algum texto ou pessoa revestida de autoridade que resolva de forma definitiva a questão. Tal função é cumprida pela regra de reconhecimento, especificadora de determinado requisito de cujo preenchimento por certa norma decorre a indicação afirmativa de que se trata de uma norma componente do sistema jurídico.

Os três tipos de normas secundárias mantêm estreita vinculação: onde existem as normas de alteração de normas, a regra de reconhecimento necessariamente incorpora uma referência aos atos de introdução, modificação e eliminação de normas como característica identificatória das normas jurídicas do sistema, mesmo que não haja referência expressa de

todas as condições de tais atos de alteração de normas. Assim, se a estrutura social mostra-se simples no sentido de, por exemplo, incorporar a legislação como única fonte do direito, a regra de reconhecimento limitar-se-á a especificar a promulgação legislativa como único critério de validade (validade como pertinência de normas ao conjunto normativo). Por outro lado, se os tribunais estão facultados a emitir decisões revestidas de autoridade acerca da determinação de que uma norma foi violada, tais decisões também estarão revestidas de autoridade acerca de quais são as normas do sistema. Nesses moldes, a norma que confere poder jurisdicional é também uma norma secundária que identifica as normas primárias por meio das decisões dos tribunais, e tais decisões convertem-se em fonte do direito. Dessa forma, uma regra de reconhecimento restrita a esse conteúdo incorporaria um critério de validade limitado ao reconhecimento de normas que não podem ser formuladas em termos gerais (decisões dos tribunais) - ao contrário do critério especificador da promulgação legislativa como fonte -, e o uso de tais normas como guia para indicar as normas do sistema ficaria na dependência da inferência a ser feita a partir de decisões particulares, de modo que a certeza a respeito de quais são as normas do sistema reportar-se-ia, em última instância, à consistência das decisões dos juízes.

Juan Ruiz Manero¹⁸² delimita o conceito de normas secundárias asseverando que o âmbito de tais normas conforma não somente as disposições que conferem poderes, aquelas que guiam o exercício de tais poderes e as que estabelecem sanções (ou impõem consequências jurídicas em geral) para o caso de descumprimento das normas de dever ou de obrigação, mas também aquelas que estipulam o dever de cumprir as normas estabelecidas de acordo com uma determinada norma que confere poder para estabelecê-las. Assim, Ruiz Manero defende que (1) as normas que conferem poderes são funcionalmente menos básicas do que as normas que impõem deveres - no sentido de que as primeiras são funcionalmente operativas somente porque mantêm relações, de diversos tipos, com as segundas -; e (2) que nem todas as normas secundárias são normas que conferem poderes, uma vez que parte delas são normas que impõem deveres. Nessa ordem de ideias, determinados critérios devem ser levados em consideração no que tange à distinção entre normas primárias e secundárias: “as normas devem ser unidades relativamente manejáveis para diferentes fins”; “as normas jurídicas devem ter certa independência mútua, de modo que cada uma delas possa ser manejada para diferentes finalidades sem necessariamente recorrer a outras”; “as normas jurídicas devem apresentar uma relativa uniformidade de estrutura”; e “as normas jurídicas

¹⁸² MANERO, Juan Ruiz. *Jurisdiccion y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. p. 106.

devem refletir, em suas distintas variedades, os diferentes mecanismos por meio dos quais o direito opera na sociedade”. Tais critérios mostram-se importantes porque qualquer intento reducionista que os desconsidere acaba deformando as diferentes funções sociais que os distintos tipos de normas cumprem, obscurecendo as características distintivas do direito e das atividades possíveis dentro de sua estrutura.

A distinção hartiana entre normas primárias e secundárias serve à especificação do lugar da dogmática processual, no que tange à unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos, justamente no ponto problemático atinente à relação entre regra de reconhecimento e normas de adjudicação (ou normas de aplicação judicial das normas primárias). Segundo Hart, a existência da regra de reconhecimento tem como condição necessária e suficiente o fato de que ela seja geralmente aceita pelos juízes como um critério comum e público de decisões judiciais corretas, de forma que os desvios a respeito de tal regra sejam apreciados de modo crítico, em geral, pelos tribunais, no sentido de desvios a respeito dos critérios vigentes. Para poder determinar se a regra de reconhecimento existe - e qual seu conteúdo - é preciso determinar, previamente, quais pessoas, ou grupo de pessoas, são os juízes ou tribunais do sistema jurídico em questão. Entretanto, os juízes são assim caracterizados em virtude das normas de adjudicação, porquanto, consoante a formulação hartiana, a existência de um tribunal implica a existência de normas secundárias que conferem poderes jurisdicionais a uma sucessão cambiante de indivíduos e, a partir dessa atribuição de poderes jurisdicionais, tais normas secundárias conferem autoridade às decisões emitidas por tais indivíduos (ou grupo de indivíduos). Nesses moldes, para determinar se uma norma de adjudicação (ou norma de aplicação judicial de normas primárias) - assim como qualquer outra norma - pertence ao sistema, mostra-se necessário acudir à regra de reconhecimento, mas só se pode determinar o conteúdo de tal regra observando quais os critérios de validade jurídica que são aceitos como tais pelos juízes ou tribunais, ou seja, pelas pessoas (ou grupo de pessoas) para quem as normas de aplicação judicial de normas conferem poderes jurisdicionais, com o que se coloca o ponto problemático atinente à circularidade.¹⁸³

No tema, de ressaltar, ainda, que Hart distingue dois tipos de enunciados acerca do caráter jurídico de uma conduta: a) enunciados internos ou normativos, a partir dos quais uma norma é usada para valorar (exigir, criticar ou aprovar) o comportamento de um indivíduo

¹⁸³ As normas que identificam as pessoas com poderes jurisdicionais (quem “adjudica” normas jurídicas) e definem os procedimentos que devem ser observados no processo adjudicatório são, segundo Hart, normas de adjudicação (tipo de normas secundárias). Como tais normas definem os procedimentos que os juízes devem seguir, tais normas impõem deveres a estas autoridades, motivo pelo qual as normas secundárias não podem ser vistas como sendo aquelas que apenas conferem poderes jurisdicionais. HART, 1963.

segundo este adote, ou não adote, a conduta devida. Tais enunciados pressupõem o enunciado fático externo de que o sistema em geral (e não determinada norma em particular) é eficaz; além disso, os enunciados internos não são verdadeiros nem falsos, pois são normativos (e não descritivos); b) enunciados externos ou descritivos, a partir dos quais se faz referência a uma norma para afirmar que, de acordo com ela, determinada conduta é obrigatória, permitida ou proibida (caso se trate de norma primária) ou para afirmar que certa conduta ajusta-se, ou não se ajusta, aos requisitos por ela estabelecidos para lograr objetivos juridicamente definidos. O significado dos enunciados externos corresponde à existência de uma norma - ou da pertinência da norma em um sistema jurídico existente -, e são verdadeiros quando informam adequadamente o conteúdo das normas, e falsos em caso contrário, podendo haver casos em que não se possa predicar nem verdade nem falsidade a determinados enunciados externos nas hipóteses em que conteúdo das normas for indeterminado.

Importa destacar que, além da circunstância de que a distinção entre regra de reconhecimento, normas de adjudicação e normas de alteração de normas consubstancia uma distinção entre modalidades normativas (e não meramente entre funções normativas), tal distinção entre as modalidades de normas destacadas pela teoria jurídica hartiana resulta como a opção teoricamente preferível às demais concepções do direito, porque, além de apresentar a reconstrução mais adequada da complexidade do fenômeno jurídico, serve como premissa à especificação da função da dogmática processual no que tange à reconstrução da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos (material e processual). Entretanto, o delineamento da regra de reconhecimento deve ser feito de molde a infirmar a circularidade anteriormente apontada, com base naquilo que pode ser compreendido como práticas de identificação do direito.

5.2 REGRA DE RECONHECIMENTO

Do exposto, conclui-se que, para a teoria jurídica hartiana, um sistema jurídico consiste em uma regra de reconhecimento mais todas as normas identificadas a partir dos critérios fornecidos por esta regra que, assim, constitui a base que permite predicar unidade ao conjunto normativo - à luz dos critérios de pertinência das normas ao conjunto normativo. Assim, asseverar a validade de determinada norma significa reconhecer que ela satisfaz os requisitos estabelecidos pela regra de reconhecimento; ou seja, para que se possa saber se uma

norma é juridicamente válida, mostra-se imprescindível usar um critério de validade subministrado por outra norma, justamente a regra de reconhecimento. Destarte, a norma que, por proporcionar critérios para a determinação da validade de outras normas, diferencia-se destas por não estar, ela própria, subordinada a critérios de validade estabelecidos por outras normas. Nesse sentido, a regra de reconhecimento caracteriza-se como “regra última” do sistema. Carece de sentido, pois, predicar validade ou invalidade à própria regra de reconhecimento (que subministra os critérios de validade), uma vez que a existência de tal regra coloca-se em termos empíricos, ou seja, existe na medida em que é aceita como tal pelos aplicadores do direito.¹⁸⁴ De conseguinte, a regra de reconhecimento deve conter um critério de validade que seja supremo, podendo conter diversos critérios. Todavia, como a regra de reconhecimento tem a função de identificação das normas pertencentes a um mesmo sistema, tais critérios devem estar hierarquizados, de modo a que um deles prevaleça sobre os demais em casos de conflito.

A regra de reconhecimento hartiana associa-se ao conceito de prática social, como convergência de condutas em relação a determinadas ocasiões específicas. Além da convergência de condutas dos membros do grupo, entretanto, a regra de reconhecimento, para ser caracterizada como tal, exige que os desvios de tais condutas sejam considerados, na generalidade dos casos, como faltas suscetíveis de crítica; trata-se da existência de uma espécie de pressão social em favor da conformidade à convergência comportamental. Para a existência da regra de reconhecimento, ademais, tal crítica deve ser considerada legítima ou justificada por parte do grupo em questão, particularidade compatível com a existência de um subgrupo minoritário que não somente transgride a regra, mas a rechaça como critério ou pauta de conduta. Outrossim, a regra de reconhecimento, além do aspecto externo atinente à possibilidade de constatação de uniformidade ou regularidade de conduta dos membros da comunidade, apresenta um aspecto interno: os integrantes do grupo (ou grande parte deles) vêem a conduta convergente como uma pauta geral a ser seguida pelos membros da comunidade como um todo, no sentido de uma atitude reflexiva frente a determinados modelos de comportamento, atitude materializada em exigências (justificadas) de conformidade. Segundo Hart, mostra-se crucial uma aceitação “oficial” (ou seja, dos aplicadores do direito) unificada ou compartilhada de uma regra que contenha os critérios de

¹⁸⁴ Liborio Hierro aduz que a existência da regra de reconhecimento como “questão de fato” - ou como questão empírica em cujo contexto torna-se possível a formulação de enunciados de validade - tem o condão de romper com a circularidade anteriormente apontada, na medida em que se tem como ponto de partida uma afirmação fática, afirmação esta cuja verdade não depende da verdade das afirmações dela derivadas. HIERRO, Liborio. *La eficacia de las normas jurídicas*. Mexico: Fontamara, 2010. p. 213.

validade do sistema jurídico, critérios que, portanto, formam o conteúdo da regra de reconhecimento.

A existência da regra de reconhecimento, assim, identifica-se com a existência do sistema jurídico, que exige duas condições necessárias e suficientes: 1) as normas de conduta válidas segundo o critério de validade último do sistema devem ser geralmente obedecidas ou levadas em consideração (condição relativa aos cidadãos ou particulares), sendo que tal obediência pode se dar a partir de quaisquer motivos; e 2) a regra de reconhecimento do sistema, bem como as normas de alteração de normas e as normas de adjudicação, devem ser efetivamente aceitas pelos aplicadores jurídicos como pautas ou modelos públicos ou comuns de conduta “oficial” (condição relativa aos aplicadores-agentes, que devem apreciar, de forma crítica, como erros os desvios em relação às pautas aceitas de forma generalizada, adotando um “ponto de vista interno” a respeito das normas secundárias). A divisão “cidadão-aplicador” reflete o caráter complexo do sistema jurídico, formado por normas primárias e secundárias, particularidade que exige a separação entre a questão atinente à aceitação das normas como pautas críticas da questão atinente à obediência de tais normas por motivos de conveniência (ou outros motivos quaisquer), separação esta relevante para estabelecer a distinção entre o dever jurídico de obedecer e o dever jurídico de aplicar normas jurídicas.

A partir destas considerações a respeito da construção hartiana, mostra-se imprescindível delinear a interpretação da regra de reconhecimento que sirva de modelo analítico de sistema como instrumental conceitual para dar conta da função social da dogmática jurídica¹⁸⁵ e, em especial, da dogmática processual. No ponto, cumpre registrar que o labor dogmático - ou, ao menos, boa parte dele - consiste em especificar e eleger uma determinada base axiomática, determinando, a partir disso, quais soluções normativas correspondem aos distintos suportes fáticos das normas, o que pressupõe a determinação prévia do conjunto de todas as circunstâncias fáticas ou casos possíveis (universo de suportes fáticos hipotéticos) e do conjunto de todas as soluções normativas admissíveis (universo de soluções). Tal atividade permite determinar se existe algum suporte fático hipotético, ou “caso genérico”, em que não exista uma solução normativa correlacionada, ou determinar se existe algum caso genérico com soluções incompatíveis correlacionadas, ou, ainda, determinar se existe algum caso genérico com soluções redundantes correlacionadas.

¹⁸⁵ Isso porque, consoante exposto, a noção hartiana de sistema não se constitui como um instrumento conceitual de identificação de normas jurídicas, tendo em vista que os critérios (conceituais) de pertinência de normas ao sistema não podem, eles próprios, integrar o sistema.

Nesse contexto, a interpretação da regra de reconhecimento como critério de identificação exige a distinção entre os conceitos de sistema jurídico e de ordem jurídica, distinção fundamental para dar conta tanto do caráter estático quanto do caráter dinâmico do fenômeno jurídico. O sistema jurídico está referido a um ponto temporal determinado: é um conjunto (estático) de normas jurídicas¹⁸⁶ (em que todo ato de promulgação e de revogação converte o conjunto em outro distinto). A ordem jurídica, por seu turno, é um conjunto (dinâmico) de conjuntos de normas ou uma sequência temporal de conjunto de normas; é, portanto, uma sequência de sistemas jurídicos, de molde que os atos de promulgação e de revogação não alteram a identidade da ordem. Da distinção entre sistema e ordem jurídica exsurge o problema da determinação a respeito de quando uma sequência de sistemas pertence à mesma ordem, e de quando se interrompe tal sequência para dar surgimento a uma nova ordem jurídica, distinta da anterior: trata-se do problema atinente aos critérios de pertinência dos sistemas à ordem. Da distinção em tela exsurge, ainda, o problema que consiste em determinar o conteúdo de um sistema jurídico correspondente a um determinado intervalo temporal, questão para a qual se exige a determinação dos critérios de pertinência das normas ao sistema em questão. Ambos os problemas referem-se à identidade, tanto do sistema quanto da ordem jurídica.

A respeito, e conforme Ricardo Caracciolo,¹⁸⁷ dois são os critérios básicos de pertinência: 1) critério de legalidade e 2) critério de dedução ou de inferência lógica. De acordo com o critério de legalidade, uma norma pertence ao sistema caso tenha sido promulgada por uma autoridade competente deste sistema, e uma autoridade é competente para promulgar uma norma quando existe outra norma, que pertence ao sistema em questão, que outorga competência à autoridade. Segundo o critério da inferência lógica, uma norma pertence ao sistema quando ela é uma consequência lógica das normas pertencentes ao sistema. Assim, existe uma relação de legalidade entre as normas do sistema e uma relação de dedução ou de inferência lógica entre tais normas, e ambas as relações determinam a estrutura do sistema.

¹⁸⁶ Tais normas jurídicas restringem-se às normas gerais; os problemas atinentes à inclusão das normas individuais (notadamente, as decorrentes das decisões judiciais) no modelo conceitual de sistema jurídico serão abordados no Capítulo 12.

¹⁸⁷ Ricardo Caracciolo. As distintas formas de combinação dos critérios permitem distinguir quatro modelos analíticos de pertinência: o primeiro baseado no critério da legalidade, o segundo baseado no critério da dedução ou inferência lógica, o terceiro baseado na conjunção de ambos os critérios e o quarto baseado na disjunção de ambos os critérios. CARACCILO, Ricardo. *El sistema jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 57.

Os critérios de dedução lógica e de legalidade, entretanto, são insuficientes para dar conta da pertinência de todas as normas do sistema, pois pressupõem que em tal sistema já existam normas, cuja pertinência não depende dos critérios aludidos: tais normas, assim, são “independentes” e, nesse sentido, constituem a base de uma ordem jurídica. O conjunto das normas independentes pode ser perspectivado como sendo o “sistema originário” ou como sendo a “primeira Constituição” da ordem jurídica. Isso implica que toda ordem jurídica origina-se em um sistema de normas independentes que, a menos que sejam revogadas ou modificadas no futuro por autoridades competentes, pertencem a todos os sistemas subsequentes desta ordem.¹⁸⁸

Nesses moldes, uma ordem jurídica exige como ponto de partida uma “primeira Constituição”, como um conjunto de normas que se decide adotar como base da ordem, e aqui se coloca, de modo crucial, a função social da dogmática, qual seja, o delineamento - a partir da construção de modelos - e fixação da base axiomática da ordem jurídica. Tal conjunto de normas identifica-se extensionalmente ou por enumeração (N1, N2,..., Nn). As normas contidas na “primeira Constituição” (e todas suas consequências lógicas) formam o primeiro sistema de uma série temporal de sistemas jurídicos. A existência desta série temporal exige que a “primeira Constituição” contenha ao menos uma norma de competência que autorize determinada autoridade normativa a promulgar novas normas (e, eventualmente, a revogar as existentes). O segundo sistema da série surgirá no momento em que a autoridade competente - de acordo com o primeiro sistema - promulgue e/ou revogue uma norma. Conclui-se, assim, que a todo intervalo temporal entre dois atos normativos corresponde um sistema, e que todo ato de promulgação ou revogação, realizado por uma autoridade competente, dão lugar a um novo sistema que integra a série. Destaque-se que a modificação ou reforma de uma norma pode ser analisada como revogação e promulgação simultâneas.

Destarte, toda ordem jurídica tem, por definição, uma “primeira Constituição”, que pode ser modificada, total ou parcialmente, dando lugar a novas Constituições (derivadas da primeira), sempre que nela exista um procedimento de reforma. Assim, da mesma forma que os critérios conceituais de pertinência de normas ao sistema não podem, eles próprios, integrar o sistema, não há sentido em colocar o problema de se a “primeira Constituição” pertence ou não à ordem, porquanto esta ordem define-se em termos de uma “primeira Constituição” dada: não há necessidade de “ir além” desta Constituição, uma vez que começa nela a cadeia

¹⁸⁸ Como se percebe, todos os sistemas pertencentes à ordem em questão, salvo o primeiro sistema, originam-se a partir do sistema imediatamente anterior mediante adição de novas normas (como consequência de atos de promulgação) ou por meio da subtração de normas (como consequência de atos de revogação) e, em última instância, a partir do sistema originário de normas independentes.

de derivação dinâmica. Trata-se, por definição, do primeiro elo desta cadeia.¹⁸⁹ Conforme anteriormente exposto, a interrupção da indagação (inegabilidade dos pontos de partida das séries de indagações acerca dos fundamentos das normas ou vinculação a pontos de partidas fixados), próprio à dogmática, conecta-se com a determinação de critérios conceituais de identificação das normas componentes do sistema jurídico.

A partir de tais pressupostos é que a regra de reconhecimento hartiana coloca-se como critério conceitual de identificação da ordem jurídica, que especifica as características que as normas devem apresentar para que se possa afirmar que se trata de uma norma componente do conjunto normativo. O critério conceitual, diferentemente da regra de reconhecimento nos moldes como formulada na teoria hartiana, carece de conteúdo normativo, e formula-se do seguinte modo:¹⁹⁰ 1) o conjunto de normas independentes {N1, N2,..., Nn} consubstancia o sistema originário da ordem jurídica Oj; 2) se uma norma de competência Nc, válida no sistema S1 (no tempo t), que pertence à ordem Oj, autoriza a autoridade A a promulgar a norma N, e A promulga N no tempo t, então N é válida no sistema S2 (t+1) de Oj (correspondente ao momento seguinte a t); 3) se uma norma de competência Nc, válida no sistema S1 (t), que pertence à ordem Oj, autoriza a autoridade A a revogar a norma N, que é válida em S1 (t), e A revoga N no tempo t, então N não é válida no sistema S2 (t+1) de Oj (correspondente ao momento seguinte a t); 4) as normas válidas no sistema S1 (t), que pertence à ordem Oj, que não foram revogadas no tempo t, são válidas no sistema S2 (t+1) de Oj (correspondente ao momento seguinte a t); e 5) todas as consequências lógicas das normas válidas do sistema S1 (t), que pertence à ordem Oj, também são válidas em S1 (t).¹⁹¹

¹⁸⁹ BULYGIN, Eugenio; MENDONÇA, Daniel. *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 49.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 50. Conforme Bulygin e Mendonca, o critério de identificação constituído pelas cláusulas 1) a 5), ao definir a ordem jurídica Oj, determina a sua estrutura. Esta estrutura está dada pelas cláusulas 2) a 5). As cláusulas 2), 3) e 4) condicionam o caráter dinâmico da ordem, e a cláusula 5) é responsável pelo caráter sistemático dos sucessivos conjuntos de normas (sistemas). A cláusula 1) é a que identifica a ordem considerada; outras ordens distinguem-se de Oj não por sua estrutura (que é idêntica), e sim por ser distinto o seu “sistema originário”. Assinalam os autores que normalmente a dogmática direciona seu labor em relação à ordem que é efetiva ou vigente em certa sociedade em um tempo determinado, por ser esta a que interessa para fins de resolução dos problemas práticos. O critério de identificação, como esquema conceitual, não especifica de maneira concreta quais normas fazem parte da “primeira Constituição”, sendo este o ponto em que a definição de uma ordem difere de outra. Tal particularidade permite distinguir entre o critério de identificação genérico (esquema conceitual) - que determina a estrutura das ordens jurídicas - e a definição específica de uma ordem determinada.

¹⁹¹ O critério conceitual dissocia-se em: a) um critério de pertinência (direta) das normas independentes ou originárias; b) um critério de pertinência das normas regularmente produzidas (legalidade); e c) um critério de pertinência das normas derivadas ou implícitas (normas como consequências lógicas de outras normas). O modelo pode ser complementado mediante outros dois critérios: d) critério de pertinência para as normas persistentes: uma norma N pertencente ao último sistema jurídico da ordem jurídica Oj1, pertence a um sistema jurídico da ordem jurídica Oj2 da mesma ordem estatal se o seu conteúdo é compatível com as normas do primeiro sistema jurídico de Oj2; e e) critério de pertinência para as normas irregulares resistentes à anulação (ou

Nesses moldes, conforme Bulygin e Mendonca,¹⁹² o conteúdo de cada sistema pertencente à ordem em questão está determinado (em parte) pelas cláusulas 1) a 5), que constituem, conjuntamente, uma definição recursiva da expressão “norma válida em um sistema S da ordem O”, no sentido de que, mediante aplicação sucessiva destas cláusulas, torna-se possível estabelecer, em um número finito de passos (sem circularidade), se uma determinada norma pertence ou não a um determinado sistema da ordem considerada. Importa destacar que o esquema conceitual de ordem jurídica reflete um uso desta expressão, segundo a qual a identidade da ordem funda-se na continuidade dos sistemas que a ela pertencem, o que implica a continuidade da Constituição, que não significa sua imutabilidade, e sim a legalidade de sua mudança: toda mudança ilegal da Constituição - ou “revolução jurídica” - conduz à ruptura da ordem existente, e a nova Constituição dará origem a uma nova ordem jurídica.¹⁹³

Por conseguinte, o ponto fundamental à função social da processualística como construção da unidade da ordem jurídica diz respeito à particularidade de que as cláusulas componentes do modelo de identificação (e unidade) consubstanciam critérios conceituais, e não normas de conduta (como normas que ordenam, proíbem ou permitem determinadas condutas ou estados de coisas resultantes das condutas). Ou seja: os critérios conceituais nada ordenam, nem permitem e nem proíbem. Significa dizer: a unidade da ordem jurídica (e de cada um dos sistemas a ele pertencentes) está constituída por meio de critérios conceituais de identificação, e não por norma de conduta, cujo caráter corresponde ao seu conteúdo normativo. Disso decorre a seguinte asserção: não há deveres jurídicos que não sejam estabelecidos por normas jurídicas, e para saber quais são as normas jurídicas válidas precisa-se de um critério de identificação de tais normas. Nesses moldes, o critério de identificação da ordem jurídica - bem como identificação das normas que pertencem aos diversos sistemas integrantes desta ordem -, como exposto, consubstancia um critério conceitual. Importa destacar: podem existir distintos critérios; distintas pessoas podem usar diferentes definições - especialmente em relação à cláusula 1 do modelo, ou seja, a respeito da Constituição, no

eliminação): uma norma N, cujo ato de promulgação em um momento t pode ser considerada irregular conforme aos parâmetros de legalidade do sistema jurídico Sjt, pertencerá a um sistema jurídico posterior (Sjt+n), e a todos os sistemas sucessivos, até que seja revogada, se conforme as normas do sistema Sjt+n já não for mais possível a sua anulação (ou eliminação), e sempre que seu conteúdo seja compatível com as normas superiores do sistema Sjt+n.

¹⁹² BULYGIN; MENDONÇA, 2005, p. 51.

¹⁹³ O exposto no texto mostra que o conceito de ordem jurídica não se identifica com o de “direito estatal” ou de “direito nacional”. Pode-se reconstruir o conceito de “ordem estatal” como sendo um conjunto de ordens jurídicas sucessivas (conceito necessário à inclusão, no modelo conceitual, do critério de pertinência para as normas persistentes).

sentido de “sistema originário”, adotado como ponto de partida -, mas só haverá uma ordem jurídica quando os cidadãos em geral, e os juízes em especial, compartilharem a mesma definição. Assim, a unidade da ordem jurídica depende do fato de que uma (e a mesma) definição (ou esquema conceitual) seja efetivamente usada em um grupo social;¹⁹⁴ é dizer: trata-se de um modelo conceitual em uso. A unidade, portanto, vincula-se aos critérios que identificação que a dogmática jurídica usa para identificar as normas pertencentes ao sistema, na condição de critérios conceituais efetivamente “vigentes” na comunidade.

Nesse sentido, a regra de reconhecimento, perspectivada como critério conceitual de identificação, carece de valor de verdade, justamente por ser uma definição ou esquema conceitual. Entre as muitas definições possíveis de “direito válido” (ou de “norma válida pertencente a um sistema jurídico”) existe uma que merece atenção especial: aquela que efetivamente usam os juízes e também os indivíduos.¹⁹⁵ A classe de fato ou condição

¹⁹⁴ BULYGIN; MENDONÇA, 2005, p. 58. Destaque-se que a afirmação de que determinado critério (ou conjunto de critérios) seja efetivamente usado pelos cidadãos e pelos juízes consubstancia uma proposição empírica. Ricardo Caracciolo (*La noción de sistema en la teoría del derecho, Mexico, Fontamara, 2008, p. 60*) assinala que se as formulações teóricas têm a pretensão de relevância em relação à prática vigente dos órgãos aplicadores: os critérios de identificação devem ser descritivos de suas decisões, e, na medida em que tais decisões justifiquem-se em juízos de valor, então são também relativas aos critérios axiológicos aceitos. Segundo Caracciolo, é um erro pensar que a relevância teórica, em tal sentido, compromete necessariamente com a aceitação destes valores.

¹⁹⁵ Ricardo Caracciolo indaga acerca do caráter do esquema conceitual (identificatório da ordem jurídica) no que tange à prática das disciplinas jurídicas, questão atinente à função efetiva que tal esquema cumpre quando utilizado no trato com um material normativo. A noção de sistema jurídico pode ser construída como um modelo teórico definido pelos critérios de pertinência de normas. Trata-se, neste caso, de um instrumento cognoscitivo com o qual se pretende compreender um aspecto definido da realidade; qual seja esta “realidade” depende dos pressupostos ontológicos admitidos na ciência respectiva. Uma maneira de comprovar a adequação do modelo, caso se aceite os padrões vigentes no conhecimento científico, consiste em sua capacidade heurística para proporcionar hipóteses suscetíveis de comprovação de alguma forma (mediante critérios e acordos intersubjetivos). Um modelo teórico - uma genuína abstração formulada com propósitos epistemológicos - deve ser abandonado quando as hipóteses que permite formular (ou as que lhe conferem sustentação) são falsas ou falseadas. O esquema conceitual pode ser usado, ademais, para elaborar um modelo normativo no sentido de proporcionar pautas de um ideal a que a ordem jurídica deve(ria) se ajustar. Nesse caso, o modelo é indiferente a qualquer comprovação que tenda a mostrar sua inadequação atual em relação à realidade. O modelo normativo, assim, tem a função de subministrar diretivas de valoração, e, desse modo, supõe que o objeto do juízo de valor seja previamente identificado. A adequação de um modelo normativo depende da aceitação do marco axiológico, que fundamenta o ideal que o define; o modelo é relativo à aceitação em questão. Uma maneira de saber se o modelo teórico cumpre funções normativas em relação a determinado aspecto da realidade consiste em mostrar que: ou permite somente a elaboração de definições convencionais que constituem diretivas para o uso de conceitos, ou o modelo mantém-se incólume apesar da sistemática agregação de provas contra as hipóteses formuladas com seu auxílio (ou a partir do seu suporte). Conforme Caracciolo, um modelo teórico de sistema jurídico constrói-se sobre o conjunto de prescrições normativas admitido como “direito vigente” de uma comunidade (usualmente, o material normativo relevante resulta de atos deliberados de emissão de normas). A concordância geral dos critérios de pertinência ao sistema com os critérios de identificação deste material consubstancia um requisito do uso coerente do modelo. A identidade total dos critérios não é viável, porque o modelo é uma reconstrução racional. Existe uma prática social dos usuários das normas - dos indivíduos a cujas condutas estas se dirigem, e daquelas autoridades que aplicam tais normas em situações concretas -, prática esta que consiste na identificação da ordem jurídica. Se se pretende a relevância do modelo com respeito a esta prática, então o modelo apresenta uma dimensão empírica, e os critérios teóricos devem ser formulados

relevante para a verdade de enunciados de dever jurídico (segundo a forma canônica “os S têm o dever jurídico de fazer p ”) é a pertinência ao sistema de normas que impõem deveres, em combinação com uma tese determinada acerca da individualização de tais normas, como marco conceitual apropriado para a construção da representação deste sistema de normas. Conforme aduzem Alchourron e Bulygin,¹⁹⁶ as proposições normativas - proposições a respeito da existência de normas - são verdadeiras ou falsas, e são objetivas no sentido de que seu valor de verdade é independente da pessoa que formule a proposição. Assim, a proposição “conforme o direito, p é obrigatório no caso q ” é verdadeira se, e somente se, dentre as normas jurídicas válidas exista uma que prescreva que p é obrigatório no caso q . A existência de uma norma desta índole é um fato empírico,¹⁹⁷ mas a verificação da proposição (ou enunciado) normativa que o descreve pressupõe um critério de identificação das normas que são consideradas como “direito válido”. A formulação de uma proposição normativa implica o uso de algum critério de identificação e, nesses moldes, o valor de verdade da proposição é relativo a um critério de identificação do direito válido, critério que, como visto, depende do labor dogmático, daí exsurgindo sua função social.

Em última análise, e segundo Joseph Raz, o critério de identidade subministra o método para estabilização de um determinado conjunto de proposições normativas como constituindo - em sendo verdadeiro - a descrição completa do sistema jurídico. Tal critério - que, conforme Raz, confunde-se com o próprio critério de existência do sistema -, portanto, é imprescindível para subministrar o método para se determinar se a descrição, feita por meio de proposições (ou enunciados) normativas, é verdadeira; ou melhor: para determinar quais dentre as descrições possíveis do sistema jurídico é a correta descrição.¹⁹⁸

conforme a esse objetivo. CARACCILO, Ricardo. *La noción de sistema en la teoría del derecho*. Mexico: Fontamara, 2008. p. 49.

¹⁹⁶ ALCHOURRON, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: CEC, 1991. p. 386.

¹⁹⁷ Carlos Alchourron e Eugenio Bulygin destacam que a “base de um sistema” está condicionada pelos seguintes fatores: a) os critérios de identificação que a dogmática (ou o conjunto dos juristas) utiliza; b) a matéria eleita; e c) o momento cronológico com referência ao qual se realiza a identificação das normas válidas. Assim, a “aplicación de los mismos criterios de identificación en momento diferentes, da lugar a diferentes resultados; la identificación de los enunciados de la base es un problema empírico, precisamente porque los criterios de identificación y de selección se aplican a un material que el científico encuentra en la experiencia; el contenido de la experiencia varía con el transcurso del tiempo. En este sentido los sistemas normativos son relativos a un momento cronológico dado: son sistemas momentáneos”, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *ob. cit.*, p. 124.

¹⁹⁸ RAZ, Joseph. *The concept of a legal system*. Cidade: Oxford Clarendon Press, 1980. p. 50.

5.3 PRÁTICA DE IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO

A unidade da ordem jurídica identificável a partir de um (e mesmo) esquema conceitual efetivamente usado no grupo social vincula-se à prática (unitária) de identificação do direito que, por seu turno, pode ser vista a partir da perspectiva analítico-convencionalista, segundo a qual a existência do direito (e das normas jurídicas) depende da existência de determinados fatos sociais complexos. Trata-se da tese das “fontes sociais” - como tese conceitual explicativa a respeito da dimensão social do fenômeno jurídico -, segundo a qual:

(TFS): as condições de verdade dos enunciados jurídicos dependem da existência de determinadas convenções sociais a respeito dos critérios para a identificação das normas como pertencentes ao sistema jurídico.

Dentro da concepção a respeito da vinculação da existência do direito a fatos sociais complexos, pode-se traçar uma distinção entre fatos sociais em geral e fatos convencionais em especial (como subclasse dos fatos sociais, que são dependentes de estados intencionais - individuais e coletivos -, crenças, desejos e atitudes). Os fatos convencionais caracterizam-se pela presença de um comportamento recorrente, por crenças a ele vinculadas que constituem uma razão para seguir tal comportamento, e por um conjunto de expectativas geradas a partir do conhecimento comum destas circunstâncias. Essa caracterização visualiza-se a partir das seguintes cláusulas:¹⁹⁹

- (1) a maioria dos membros de determinado grupo realiza uma determinada conduta quando ocorrem determinadas circunstâncias (comportamento recorrente);
- (2) a maioria dos membros do grupo crê que (1) (caráter consciente desta prática regular: os participantes em relação ao fato convencional são conscientes de que suas condutas proporcionam a regularidade comportamental);
- 3) a crença de que se dá (1) constitui uma razão para realizar essa conduta nestas circunstâncias (particularidade que diferencia a atuação por convenção da atuação por convicção: para o segundo tipo de atuação não se mostra relevante a conduta dos demais, e para o primeiro tipo a existência da conduta recorrente constitui uma razão para realizá-la); e
- (4) existe um conhecimento comum entre a maioria dos membros do grupo a respeito do exposto nas cláusulas anteriores: conhecem tais circunstâncias, conhecem que os

¹⁹⁹ VILAJOSANA, Josep. *El derecho en acción*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 151.

demais as conhecem, conhecem que os demais conhecem que eles conhecem e assim sucessivamente (conhecimento comum entre os participantes da prática convencional).

Para a teoria jurídica hartiana, consoante anteriormente exposto, duas são as condições de existência da ordem jurídica (das quais, conseqüentemente, decorre a existência do plano do direito material e do plano do direito processual):

(1) que exista uma regra de reconhecimento que permite conhecer quais são os critérios de pertinência das normas (primárias e secundárias) ao sistema (condição de existência vinculada à presença de fatos convencionais: regra de reconhecimento como prática normalmente coincidente entre aplicadores e cidadãos em relação à identificação do direito do grupo social de que fazem parte, cujo conteúdo manifesta-se pelo uso que essas pessoas realizam de determinados critérios compartilhados de identificação); e

(2) que as normas identificadas a partir da regra de reconhecimento sejam geralmente cumpridas pela maioria dos cidadãos (eficácia social, reconduzível a fatos sociais não-convencionais).

A partir disso, Josep Vilajosana²⁰⁰ propõe a seguinte fórmula como expressão da condição convencional de existência do sistema jurídico (segundo a qual a verdade da proposição “na sociedade S existe a regra de reconhecimento R” depende da existência de fatos convencionais), em cujo teor ressaí a importância da “proposição anankástica social”:

(FCC): para todo sistema jurídico existe uma convenção com uma dimensão constitutiva, a partir do qual se pode estabelecer uma regra técnica, vinculada a uma proposição anankástica social, cuja função é a de identificar de maneira autônoma o direito positivo de uma determinada comunidade. O “ponto de vista interno” dos atores jurídicos, assim, vincula-se a fatos de cunho convencional: a proposição “na sociedade S existe a regra de reconhecimento R” pode ser analisada do seguinte modo:²⁰¹

(FCC.1) a maioria dos juristas da sociedade S usa os critérios C1, C2,..., Cn (que formam a regra de reconhecimento de S) em toda ocasião em que seja necessário identificar as normas do sistema jurídico de S;

(FCC.2) a maioria dos juristas de S crê que (1);

(FCC.3) a crença de que se dá (1) constitui uma razão para usar estes critérios nestas circunstâncias; e

²⁰⁰ VILAJOSANA, 2010, p. 154.

²⁰¹ Ibidem, p. 155.

(FCC.4) existe um conhecimento comum entre a maioria dos juristas a respeito do exposto nas cláusulas anteriores (conhecimento comum entre os participantes da prática convencional).

Josep Vilajosana destaca que os “sujeitos relevantes”, aludidos nas cláusulas analíticas a respeito da proposição acerca da existência da regra de reconhecimento, são todos aqueles que, profissionalmente, necessitam identificar as normas jurídicas de determinada sociedade. Os “sujeitos relevantes”, portanto, não são apenas os juízes, mas também os advogados, demais profissionais do direito e especialistas jurídicos em geral. Nesse sentido, é dificilmente concebível o funcionamento do sistema jurídico de uma sociedade em que existisse uma discrepância generalizada entre o “setor oficial” de aplicação do direito e os indivíduos no que tange ao uso de critérios de identificação das normas jurídicas. Assim, a existência da regra de reconhecimento, consoante já destacado, é uma questão empírica (porquanto esta regra não pode ser derivada de outras normas do sistema), vinculada a um fato convencional, em virtude da necessária coordenação que deve existir no que tange à identificação das normas componentes do sistema jurídico de determinado grupo social, como prática de identificação imprescindível à existência do direito como fenômeno social (fenômeno atinente à convergência de crenças mútuas e de comportamentos no que concerne à identificação das normas do sistema a partir do uso dos mesmos critérios definitórios). Nesses moldes, a convergência de crenças mútuas e de comportamentos dos juristas em relação aos critérios de identificação que formam a regra de reconhecimento consubstancia as condições de existência desta regra e, por conseguinte, pode-se dizer que são constitutivos do direito do grupo social. Trata-se da “convenção com dimensão constitutiva” aludida em FCC como expressão da condição convencional de existência do sistema jurídico.

Nesse contexto, a função social da dogmática jurídica em geral e da processualística em particular (como construção da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos - material e processual) vincula-se ao comportamento consequente com as crenças mútuas acerca dos critérios de identificação das normas do sistema comumente usados por aqueles que se dedicam profissionalmente à identificação do direito: a invocação por parte dos atores jurídicos em geral de certas normas, a partir da sua identificação mediante o uso de determinados critérios, e o uso destes mesmos critérios por parte dos órgãos aplicadores para fins de emissão de suas decisões, vincula-se ao uso (destes mesmos critérios de identificação) por parte da dogmática no momento de sistematizar e de analisar as normas jurídicas componentes do conjunto normativo. Ou seja: o que conta como direito em determinada sociedade decorre do uso de determinados critérios de identificação das normas componentes

do direito deste grupo social por parte dos juristas e das diversas crenças e expectativas geradas em virtude deste uso.

Outrossim, e conforme anteriormente exposto a respeito dos postulados da construção dogmática de modelos, a resolução de conflitos exige, por razão de ordem pragmático-funcional, o atendimento a certos critérios conceituais determináveis (com reconhecimento da relevância somente daqueles argumentos inseridos no contexto normativo assim delimitado). Tal particularidade é fundamental no que tange à autoridade da razão dogmática (vinculada à manutenção de um “ideal” de decisões baseadas em normas jurídicas) na tutela jurisdicional:²⁰² qualquer consideração relevante é (ou pode ser) uma razão, mas não é qualquer razão que pode se inserir na estrutura do raciocínio justificatório judicial baseado em considerações juridicamente válidas. É dizer: não é qualquer conteúdo que constitui, ou faz parte, do conteúdo de uma norma jurídica válida. Nenhuma consideração pode ser considerada juridicamente relevante (ou parte de uma norma juridicamente válida) a menos que satisfaça os critérios conceituais de identificação (e de pertinência) do sistema. Em outros termos: as únicas razões ou considerações juridicamente apropriadas para justificar uma conclusão decisória são aquelas que formam parte do conjunto relevante. O conjunto dos critérios de validade (como pertinência), destarte, é formado por razões conceituais que justificam a inclusão/exclusão de um conteúdo no conjunto relevante: forma-se, desse modo, por razões de segunda ordem que racionalizam ou justificam a atribuição (ou negação) do *status* de razão ou consideração juridicamente válida a qualquer razão ou consideração potencialmente relevante. Um agente raciocina sobre a base de normas quando aceita um conjunto delimitado de critérios conceituais para identificar um conjunto de razões justificatórias relevantes; assim, o agente raciocina sobre a base de um conjunto delimitado de razões, excluindo qualquer consideração cuja inclusão não possa ser justificada conforme aos critérios conceituais de identificação (ou de validade). Toda justificação normativa supõe a existência de um conjunto de categorias normativas consideradas como válidas, isto é, admissíveis para integrar o sistema, e é, nesse sentido, relativa a um critério de validade. Importa destacar: este caráter relativo da justificação normativa vincula-se à própria natureza da razão dogmática. Ademais, a visualização dos critérios conceituais como critérios de correção (referenciais ou pautas cujo afastamento caracteriza o erro dos agentes no que tange

²⁰² O conceito de tutela jurisdicional pressupõe a distinção (e relação) entre os planos da ordem jurídica (material e processual), e a dissociação conceitual adequada para dar conta desta particularidade será abordada no capítulo 11.

à identificação de normas)²⁰³ mostra-se fundamental para a distinção entre o plano do direito material e o plano do direito processual da ordem jurídica (e, de conseguinte, para a explicitação da função social da processualística como construção da unidade da ordem jurídica a partir desta dualidade).

A prática unitária de identificação do direito a partir da perspectiva analítico-convencionalista significa que a pertinência de uma norma ao sistema jurídico depende de uma série de convenções sociais acerca de quais são os fatos sociais considerados, em determinada comunidade, como fonte de produção jurídica: tais critérios de identificação vinculam-se, assim, a fatos sociais cuja existência pode ser decidida criteriologicamente. Os critérios de determinação de quais fatos sociais contam como condição necessária e suficiente para a produção do material jurídico devem ser formulados atendendo ao conteúdo de cada ordem jurídica positivo (que não se reduz, necessariamente, às disposições expressas que estabelecem quais são as instâncias de produção jurídica), à luz do “sistema originário” (as normas “independentes” ou “originárias” componentes da “primeira Constituição”).²⁰⁴ Os fatos sociais que contam como instâncias de produção jurídico-normativa são estabelecidos, assim, a partir de práticas unitárias de identificação do direito; ou seja: como práticas de reconhecimento de normas. A formulação destes critérios - uma vez adotado determinado modelo teórico a respeito do sistema jurídico - consubstancia uma tarefa de tipo dogmática²⁰⁵, tarefa correspondente à sua função social.

²⁰³ Tais referenciais ou estândares, ademais, são fundamentais à determinação das condições de verdade dos enunciados jurídicos, como será exposto no Capítulo 10. Importa destacar que a vinculação a convenções sociais significa que as normas jurídicas são reconhecidas e distinguidas de outras normas ou pautas socialmente vinculantes em virtude da existência de critérios contingentes para sua identificação (ou como razões conceituais de segunda ordem que racionalizam a atribuição/negação do *status* de razão juridicamente válida a qualquer razão ou consideração potencialmente relevante). Tal identificação ocorre a partir de práticas de aceitação e obediência. Nesse contexto, então, a perspectiva analítico-convencionalista não implica aceitar que o direito é simplesmente aquilo que os juízes pensam que é, porque dentro desse marco conceitual admite-se que os juízes se equivoquem a respeito de quais normas integram o sistema.

²⁰⁴ O enunciado geral analítico especifica as condições de verdade para quaisquer enunciados jurídicos (sem especificação a respeito de determinada regra de reconhecimento concretamente considerada). Por outro lado, um enunciado referido a alguma regra de reconhecimento concretamente considerada especifica as condições de verdade somente para os enunciados jurídicos referidos à particular ordem jurídica em questão: na forma “para todo S, p: é direito em S aquele p se C”, o “S” não funciona como variável, e sim como um nome ou denominação de uma ordem jurídica particular; tal enunciado, frise-se, somente especifica as condições de verdade dos enunciados jurídicos referidos à esta ordem jurídica particular (caracterizada pelo conteúdo de um específico “sistema originário” ou “primeira Constituição”).

²⁰⁵ SUCAR, Germán. *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 359. Sucar propõe a seguinte fórmula canônica para os enunciados de individualização de material jurídico: “T deriva-se (ou é derivável) de uma FP de Oj”, onde T significa certo texto (texto de legislação, texto que se infere de condutas componentes de costumes ou textos decorrentes de precedentes judiciais), FP significa determinada instância ou fonte de produção jurídica admitida como tal em certa ordem jurídica (instância vinculada a fatos sociais); e Oj significa determinada ordem jurídica. O enunciado pode ser decomposto em outros dois: a) aquele mediante o qual se afirma que certo fato social constitui uma instância de produção jurídica (segundo as pautas de determinada ordem jurídica); e b) aquele mediante o qual se afirma que certo texto (ou conjunto de

A fórmula de condição convencional de existência do sistema jurídico consubstancia, portanto, um enunciado geral analítico acerca das condições de verdade dos enunciados jurídicos (na modalidade “é direito em A se B”: enunciados a respeito da qualificação deôntica de certa conduta em face de determinada ordem jurídica). O enunciado geral analítico pode ser visto consoante a forma “para todo S, p: é direito em S aquele p se C”, onde “S” é a ordem jurídica, “p” representa determinada norma e “C” é a descrição dos fatos correspondentes às condições de verdade dos enunciados jurídicos. Nesse sentido, a regra de reconhecimento pode ser visualizada do seguinte modo: “para todo S, p: é direito em S aquele p se p é validada pela regra de reconhecimento R em S”, onde “S” representa a ordem jurídica. A norma p é validada pela regra de reconhecimento R a partir da existência do fato R(p), ou seja, R confronta p. Assim, as condições de verdade dos enunciados jurídicos correspondem a fatos sociais complexos: o primeiro fato vincula-se à existência de uma regra de reconhecimento R em S (condição primária de verdade); o segundo fato correspondente à existência do fato R(p): a regra de reconhecimento R (em S) confronta a norma p (condição secundária de verdade). As duas condições (primária e secundária) são individualmente necessárias e conjuntamente suficientes para a verdade de determinado enunciado jurídico.

Em última análise, Josep Vilajosana²⁰⁶ assinala que a existência da regra de reconhecimento como fato convencional, nos termos assinalados (à luz da dimensão constitutiva), permite concluir que com tal regra se constrói uma realidade institucional, de modo que sem tal fato convencional não existiriam critérios de identificação do direito de determinada sociedade; em suma, não existiria o direito como prática normativo-institucional autônoma. Nesses moldes, o enunciado do tipo “na sociedade S, utilizar os critérios C1, C2,...Cn é condição necessária para identificar o sistema jurídico de S” expressa uma proposição anankástica social²⁰⁷ (componente da fórmula da condição convencional de existência do sistema jurídico), cujas condições de verdade são as mesmas condições de existência da regra de reconhecimento de S. A proposição anankástica social aludida permite a construção de uma regra técnica, com a seguinte formulação canônica: “caso se pretenda identificar o sistema jurídico de S, devem ser utilizados os critérios C1, C2,...Cn”. Somente se

expressões linguísticas) deriva-se (ou é derivável) da instância referida em a). A verdade de enunciados de individualização de material jurídico depende da 1) concepção (ou modelo teórico) adotada a respeito da natureza do direito e 2) da reconstrução que, sobre a base do modelo teórico, se realiza a respeito do conteúdo da ordem jurídica com relação a quais são os fatos sociais admitidos como instâncias de produção jurídico-normativa (o que remete a práticas de reconhecimento de normas).

²⁰⁶ VILAJOSANA, p. 164.

²⁰⁷ Proposição anankástica é aquela que permite a construção de regra(s) técnica(s), cuja utilidade ou eficácia depende da verdade da proposição a ela (regra técnica) vinculada.

a proposição anankástica for verdadeira, a regra técnica será útil ou funcional (ou seja, a partir dela se consegue identificar as normas componentes do sistema de determinada sociedade).²⁰⁸

A regra técnica, assim, apresenta uma função epistêmica no que diz respeito ao reconhecimento, pelos indivíduos em geral, das normas que formam parte do direito da comunidade, à luz, pois, de critérios conceituais determináveis, utilizados na resolução judicial de conflitos, que tornam o direito determinável. Pode-se distinguir, assim, a realidade institucional constituída a partir da regra de reconhecimento (que permite conhecer as condições de verdade de uma proposição anankástica social) da regra técnica que pode ser estabelecida a partir de tal proposição.

Em suma, a existência da regra de reconhecimento depende da prática de identificação de determinada ordem jurídica levada a efeito no grupo social: o uso de critérios de identificação é o que caracteriza tal prática, critérios estes que devem ser os mesmos para fins de identificação da mesma ordem jurídica. Os participantes desta prática, assim, devem levar em consideração os critérios usados pelos demais - função coordenativa dos critérios efetivamente em uso que formam a regra de reconhecimento. Sob tais pressupostos é que se torna possível a adequada reconstrução acerca da distinção entre o plano do direito material (também denominável de “sistema primário” ou “sistema do súdito”) e o plano do direito processual (ou “sistema secundário” ou “sistema do juiz”), cuja construção de unidade predica à processualística função social, à luz da dissociação entre o dever jurídico de obedecer e o dever jurídico de aplicar normas jurídicas. A adequada reconstrução da relação entre os planos da ordem jurídica realiza-se *pari passu* à reconstrução da relação entre os dois níveis de análise do direito: identificação e aplicação (que pressupõe, de seu turno, a distinção entre incidência e aplicação das normas jurídicas).

²⁰⁸ VILAJOSANA, 2010, p. 165. O autor destaca que a autonomia do direito decorre da função de coordenação (e da dimensão constitutiva) da regra de reconhecimento, regra cuja ausência inviabilizaria o direito como fenômeno social (em que se mostra fundamental, ademais, a eficácia - social - geral das normas do sistema). A autonomia predica-se tanto em relação a outras ordens normativas (moralidade positiva e moralidade crítica) como em relação a outras ordens jurídicas (com suas respectivas regras de reconhecimento, em que se mostra relevante, para fins de unidade e de diferenciação, a história institucional e os valores políticos da ordem jurídica levada em consideração).

6 *IGNORANTIA IURIS NON EXCUSAT, IURA NOVIT CURIA E NON LIQUET*: o juiz como cânone cognoscente do Direito

O juiz, sob certo sentido, configura o “cânone cognoscente do direito”: Vilanova²⁰⁹ assinala que “quando interpretamos com finalidade só teórica, ou em função da prática, nós nos colocamos na posição do juiz que toma a norma para dissolver a possível contenciosidade processual do caso concreto”. O “colocar-se” na posição do juiz - com finalidade teórica ou em função da prática - para fins de “dissolver a possível contenciosidade do caso” diz respeito, exatamente, à perspectiva do jurista interessado em extrair ou derivar as consequências do sistema jurídico para determinado universo de casos genéricos ou hipotéticos, no sentido de correlacionar - ou seja: sistematizar - tais casos com determinado universo de soluções normativas (tal é a acepção de sistema, já aludida, como subconjunto normativo de normas relevantes para a solução de casos hipotéticos, em contraposição à acepção estritamente institucional de sistema jurídico, para fins de diferenciação de outros sistemas normativos, como, por exemplo, a moralidade). A especificidade da processualística em relação aos demais setores jurídico-dogmáticos corresponde à função de construção da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos (material e processual), cujo desafio exige que tal construção realize-se a partir da concepção jurídica que negue o direito como sendo ou simplesmente aquilo que preexiste às decisões judiciais, ou simplesmente aquilo que existe em por força da emissão de decisões judiciais. A construção de unidade da ordem jurídica, nesses moldes, deve ser perspectivada a partir de elementos que dêem conta da conexão de normatividade jurídica existente entre cidadãos (ou particulares) e juízes, como via para mostrar a imprescindibilidade da distinção entre os planos do ordenamento jurídico para a compreensão desta normatividade e, por conseguinte, da função social da processualística (correspondente à construção da unidade da ordem a partir da dualidade de planos).

²⁰⁹ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 158.

6.1 *IGNORANTIA IURIS NON EXCUSAT E IURA NOVIT CURIA*: dever jurídico do cidadão e dever jurídico do juiz

A defesa da possibilidade de identificação objetiva do direito (e, de conseguinte, do conhecimento jurídico como conhecimento objetivo das qualificações jurídicas de determinadas ações ou condutas) consiste em sustentar que sobre a verdade do enunciado “a norma N é direito válido no sistema S”, entre o ponto de vista de um observador minimamente informado e o ponto de vista daquele identificado com o sistema, deve haver coincidência porque suas posições (ou perspectivas) ante o sistema são irrelevantes para efeitos cognitivos.²¹⁰ As condições de verdade do enunciado na forma “a norma N é direito válido no sistema S” perpassam pela correlação entre as posições do cidadão (ou particular) e do juiz, em paralelo às categorias, tematizadas pela teoria jurídica analítica, do observador e do participante (da prática jurídica).²¹¹ A partir disso pode-se vislumbrar como a distinção entre o plano material e o plano processual vincula-se à adoção de determinado modelo analítico a respeito da concepção de direito, modelo de cuja construção decorre a assunção de que o conhecimento jurídico está dirigido a discriminar entre enunciados jurídicos verdadeiros e enunciados jurídicos falsos. A relação entre os planos da ordem jurídica a partir da possibilidade de identificação objetiva do direito pode ser vista à luz da relação entre o *ignorantia iuris non excusat* e o *iura novit curia*, como relação entre enunciados de dever jurídico de obediência e enunciados de dever jurídico de aplicação de normas pertencentes ao sistema.

A premissa para a correlação apontada identifica-se com a defesa da neutralidade epistêmica, como especificação a respeito da caracterização da regra de reconhecimento, nos

²¹⁰ LAPORTA, Francisco. Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporia del iusnaturalista. *Alicante, Doxa*, n. 8, 1990. p. 131.

²¹¹ O exposto no texto não significa uma assimilação nos moldes “indivíduo=observador” e “juiz=participante” (quanto ao juiz, ele é um dos participantes da prática jurídica). O que se propõe é a análise paralela das duas categorias dicotômicas para fins de adequada reconstrução teórica da diferenciação entre os planos da ordem jurídica e, assim, para fins de explicitação da função social da dogmática processual quanto à construção da unidade da ordem a partir de tal dualidade de planos. As categorias prestam-se, portanto, à análise dos tipos de enunciados jurídicos que, por seu turno, relaciona-se com as concepções de prática judicial. Ademais, “en una sociedad, si bien puede haber observadores puros, no hay tal cosa como un participante puro, porque todo participante es también un observador. Cabe recordar que estamos hablando de una comunidad, un grupo social, cuyos miembros no son ermitaños que viven en cuevas distantes entre sí, sino que están en permanente contacto unos con otros. Y este contacto supone algún tipo de comunicación, es decir, un lenguaje común que ellos - aunque en forma imperfecta - comparten”. BULYGIN, Eugenio. Sobre participantes y observadores. *Doxa, Alicante*, n. 21, 1998. p. 45. O que se assevera é, portanto, a possibilidade de identificação objetiva do direito em termos de irrelevância (para efeitos cognitivos) da diferença existente entre os pontos de vista tanto do indivíduo como do juiz, assim como entre estas perspectivas e aquelas do observador e do participante.

termos anteriormente expostos. A neutralidade epistêmica diz respeito à possibilidade de identificação de fatos sociais complexos (que determinam a existência do direito) como uma atividade cognoscitiva, independente da adoção de atitudes práticas e/ou valorativas. Em outros termos: o conhecimento a respeito de práticas sociais regidas por normas- como práticas de aceitação - não implica a adoção da atitude prática de aceitação típica dos participantes: o conhecimento de práticas sociais pressupõe uma referência à atitude de quem aceita as normas, mas não a adoção desta atitude; o conhecimento, assim, não exige a participação nas práticas sociais. Destarte, neutralidade epistêmica significa a possibilidade de uma aproximação teórica (descritivo-explicativa, distinta de uma aproximação valorativa-justificatória) e objetiva (ou neutral, ou seja, não-comprometida) em relação ao fenômeno jurídico: o conhecimento jurídico não se encontra comprometido com algum valor moral a respeito das normas (em especial) ou do sistema jurídico (em geral). A neutralidade epistêmica apresenta importância crucial para a distinção entre os dois principais níveis de análise do direito: adjudicação (ou aplicação judicial do direito) e identificação (que diz respeito às condições do reconhecimento epistêmico de normas jurídicas).

Conforme anteriormente destacado, a regra de reconhecimento corresponde ao critério conceitual de identificação da ordem jurídica, cujo caráter é definicional (não apresentando, assim, conteúdo normativo, ou seja, não consubstancia uma norma de conduta).²¹² De tal particularidade decorre uma importante conclusão: a regra de reconhecimento não prescreve aos juízes o dever de aplicar as normas jurídicas; a existência de tal dever decorre não desta regra - como critério conceitual de identificação -, e sim de alguma norma específica do sistema jurídico, identificada conforme o pertinente critério conceitual. As normas de conduta estabelecem deveres e proibições (e, assim, pode-se falar em obediência ou desobediência a estas normas); os critérios conceituais, por seu turno, definem um conceito (não podendo, portanto, haver obediência ou desobediência em relação a eles): o não uso (ou mau uso) dos critérios pode dar lugar a reações críticas, mas tais reações são de índole distinta daquelas provocadas pelo descumprimento de normas de conduta. A reprovação àqueles que não usam, ou usam erroneamente, os critérios conceituais corresponde à imputação de ignorância, e não de desobediência. O critério de identificação, frise-se, não corresponde a uma norma que prescreve condutas; ele pode não ser usado (ou ser usado incorretamente). Tal consideração é a que permite a análise da correlação entre o *ignorantia iuris non excusat* (a ignorância do direito não excusa o descumprimento ou a desobediência das normas pelos indivíduos) e o

²¹² Por isso a manutenção da expressão “regra de reconhecimento” deve-se apenas à tradição da teoria jurídica hartiana.

iura novit curia (a ignorância do direito não excusa, ao juiz *qua* juiz - em vista dos seus deveres institucionais -, a não-aplicação das normas jurídicas) como análise da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos.

Conforme assinalam Bulygin e Mendonca,²¹³ os indivíduos, antes de adotar um curso de ação (legal) determinado, precisam saber quais são as normas jurídicas que regulam a situação considerada, o que exige a identificação das normas válidas componentes do sistema. Se um indivíduo não sabe identificar o direito válido (ou seja, não sabe qual o critério de identificação efetivamente em uso), poderá ocorrer que ele não saiba o que deve fazer (ou deixar de fazer) conforme as normas em uma determinada ocasião. Como as normas (e as respectivas consequências jurídicas) incidem para todos os habitantes de um país (ou “ordem estatal”), o conhecimento (ou ignorância) delas mostra-se irrelevante no que tange à irradiação dos efeitos jurídicos (essa é, exatamente, a implicação do *ignorantia iuris non excusat*)²¹⁴, particularidade vinculada à incondicionalidade da incidência jurídica em relação à aplicação (ou condicionalidade da aplicação em relação à incidência). O mesmo ocorre quando o indivíduo, sabendo como identificar o direito válido de acordo com o uso (correto) do critério de identificação, nega-se a usá-lo e considera válidas normas que não são ou vice-versa (considera inválidas normas que são válidas conforme o critério de identificação): se esse indivíduo não cumpre com os deveres impostos pelas normas válidas do sistema, deverá ser sancionado pelas autoridades normativas competentes. É do interesse dos indivíduos, assim, saber quais são as normas válidas do sistema, e para tanto precisam ter conhecimento a respeito do uso efetivo do critério de identificação (seja diretamente, seja por meio de especialistas).²¹⁵ Nesses moldes, não há sentido em predicar obediência ou desobediência ao

²¹³ BULYGIN; MENDONÇA, 2005, p. 53.

²¹⁴ Exceto, naturalmente, as hipóteses em que o *error iuris* é admitido como excusa a partir do suporte fático de outras normas jurídicas. Marcos Bernardes de Mello assinala que “por ser fato do mundo de nossos pensamentos”, a incidência da norma jurídica “ocorre fatalmente à simples concreção do suporte fático. Em razão disso é que se justifica o princípio da inalegabilidade da ‘ignorantia iuris’ como excludente da ilicitude; a ninguém é dado alegar que descumpriu a lei por desconhecê-la, precisamente porque a incidência não se condiciona à adesão das pessoas”. MELLO, 2008, p. 79. A relação entre incidência como “fato do mundo dos pensamentos” e a inexcusabilidade do *error iuris* (ou *ignorantia iuris non excusat*) depende de como se concebe a objetividade do direito, para fins de justificar a concepção a respeito da possibilidade de erro (seja do particular, seja do juiz), tema que será abordado no item 6.3.

²¹⁵ No mesmo sentido, Christian Dahlman destaca que o conhecimento jurídico torna possível às pessoas a obediência às normas jurídicas: se os sujeitos jurídicos têm interesse em atuar em conformidade com o direito, o reconhecimento epistêmico das normas atinentes aos direitos e deveres dos indivíduos torna possível a atuação de acordo com tal interesse. DAHLMAN, Christian. *Adjudicative and epistemic recognition. Analisi e Diritto*, Giapichelli, Genova, 2004. p. 237. Esse desiderato rende ensejo à previsibilidade jurídica (como possibilidade de prever as consequências que para o direito tem uma determinada conduta): os sujeitos jurídicos realizam previsões acerca de como eles devem atuar de molde a conformar suas condutas à ordem jurídica (atuando de forma consequente com tais previsões). Assim, a possibilidade de obediência (ou conformidade) às normas depende da aptidão do sujeito jurídico para obter conhecimento acerca do critério de identificação (em uso) a

critério de identificação em uso, porquanto tal critério somente pode ser usado corretamente ou não.²¹⁶ Conforme anteriormente exposto, da proposição anankástica social (“na sociedade S, utilizar os critérios C1, C2,...Cn é condição necessária para identificar o sistema jurídico de S”) decorre a formulação de uma regra técnica (“caso se pretenda identificar o sistema jurídico de S, devem ser utilizados os critérios C1, C2,...Cn”) que permite identificar as normas jurídicas como passo necessário para que os indivíduos possam cumpri-las. Assim, a ignorância ou o erro do indivíduo em relação ao critério de identificação não o excusa quanto ao descumprimento do dever jurídico decorrente (como efeito jurídico) da incidência da norma cujo suporte fático concretiza-se no plano da realidade fática (juridicizando um fato para torná-lo fato jurídico), norma identificável por meio do respectivo critério. Trata-se do significado do *ignorantia iuris non excusat*.

Os juízes, por sua vez, antes da decisão a respeito dos litígios, precisam averiguar quais as normas jurídicas que se referem (ou se aplicam) ao caso posto sob julgamento; para tanto, devem formular um enunciado jurídico do teor “conforme o direito D, a conduta C é obrigatória (ou proibida ou permitida) na circunstância C”. Esse enunciado pode ser verdadeiro ou falso, e o fato de ser formulado pelo juiz não influi em seu valor de verdade, questão distinta da relevância prática de tal enunciado para fins de implementação concreta de consequências jurídicas, em virtude, justamente, da existência do plano do direito processual, distinto do plano do direito material da ordem jurídica. Por isso é que a decisão judicial fundada em enunciado jurídico falso pode ser impugnada para fins de correção jurídica por tribunal de instância superior.

Seguindo Bulygin e Mendonça,²¹⁷ há duas hipóteses a serem analisadas a respeito do uso de critério de identificação por parte dos juízes: (1) o juiz identifica corretamente o direito válido aplicável ao caso, mas se nega a aplicar as normas identificadas como válidas. Por exemplo, a partir da norma válida a respeito da responsabilidade civil extracontratual (obrigação de indenização por danos), o juiz, diante de um caso judicial correlacionado com tal norma (e supondo, por hipótese, que o demandado tenha efetivamente causado danos ao demandante), formula a proposição “conforme o direito, devo condenar o réu a pagar indenização por danos, mas não o condeno” (tendo em vista, por exemplo, considerações de ordem moral). O juiz, assim, não faz aquilo que deve (jurídica e institucionalmente) fazer ao

respeito de tais normas: “de otro modo no sólo los ignorantes sino tampoco los concedores podrían apoyar la previsión de las consecuencias de sus decisiones en la existencia de las normas jurídicas, y las normas jurídicas serían inútiles”. HIERRO, 2010, p. 231.

²¹⁶ BULYGIN; MENDONÇA, 2005, p. 53.

²¹⁷ Ibidem, p. 54.

não condenar o réu ao pagamento de indenização por danos: não cumpre com seu dever jurídico de aplicar as normas jurídicas componentes do sistema. Esse dever jurídico não decorre do critério de identificação (que o juiz usou corretamente), mas sim da norma por ele identificada mediante tal critério: o juiz desobedece a norma que estabelece que os danos devem ser indenizados, e não o critério de identificação. (2) O juiz não usa o critério de identificação e a norma que ele considera válida (sinceramente ou não) não o é, de acordo com o critério identificatório aceito. Assim, o enunciado jurídico formulado pelo juiz nos moldes “conforme o direito D, a conduta C é obrigatória (ou proibida ou permitida) na circunstância C” é falso, e se ele decide o caso a partir de tal enunciado, a decisão judicial revelar-se-ia juridicamente incorreta (embora possa ser considerada como decisão válida, à luz de critérios de validade aplicáveis especificamente às decisões judiciais, além da possibilidade de produção de efeitos jurídicos: o que explica a possibilidade de decisões juridicamente incorretas serem consideradas válidas e definitivas é justamente a diferenciação entre os planos da ordem jurídica). Pode-se dizer que o juiz, por ignorância (ou outras razões), não usa o critério de identificação; entretanto, não se pode afirmar que exista desobediência em relação ao critério identificatório. Assim, para poder cumprir o dever jurídico de decidir os casos de acordo com as normas válidas do sistema (ou dever jurídico de aplicar as normas pertencentes a esse sistema), o juiz precisa usar o critério de identificação de tais normas.²¹⁸ Tal dever jurídico, consoante destacado, não surge do critério identificatório, mas sim de

²¹⁸ Da mesma forma como foi exposto a respeito dos indivíduos, o conhecimento jurídico torna possível aos juízes a conformidade às normas pertencentes ao sistema: se os juízes têm interesse em atuar em conformidade com o direito, o reconhecimento epistêmico das normas (a partir de um critério epistêmico de identificação) torna possível a atuação de acordo com tal interesse: as normas de adjudicação são concebidas como guias de conduta daqueles - as autoridades normativas - que adjudicam (aplicam) as normas que regulam os direitos e deveres dos indivíduos em geral. As normas de adjudicação têm a aptidão de guiar a conduta dos juízes pelas mesmas razões que as normas primárias têm tal aptidão em relação aos indivíduos em geral. Assim, a possibilidade de obediência (ou conformidade) às normas depende da aptidão do juiz para obter conhecimento acerca do critério de identificação (em uso) a respeito de tais normas. O indivíduo precisa obter conhecimento sobre as normas para que estas sirvam de guia de suas condutas, e o mesmo pode ser dito em relação aos juízes (cujas condutas, na condição de juiz, são guiadas pelas normas de adjudicação). Conforme aduz Christian Dahlman, “norms of adjudication can guide a judge, since the judge can predict what those who will pass judgments on his ability as a judge will consider that the norms of adjudication instructed him to do”. DAHLMAN, 2004, p. 238. Com base em tal consideração, Dahlman assevera que “there is no conflict between the observation that there are norms of adjudication that instruct judges to resort to morality and the observation that knowledge about the law must be obtainable without recourse to morality”. Ibidem, p. 239. Dahlmann dá conta da diferença entre a dimensão atinente à identificação objetiva do direito e a dimensão atinente à aplicação judicial a partir da distinção entre reconhecimento epistêmico e “reconhecimento adjudicatório”, tendo em vista a utilização, no contexto adjudicatório, de pautas extrajurídicas. O “reconhecimento adjudicatório”, como se percebe, assimila-se às particularidades do plano do direito processual. Nesse contexto, importa frisar que a neutralidade epistêmica mostra-se fundamental para o delineamento do critério que torna possível aos cidadãos a identificação das normas componentes da ordem jurídica; não fosse assim, assinala Francisco, a noção mesma de “autoridade” seria irrelevante (além de empiricamente inviável). Ademais, a eficácia de uma ordem jurídica carente de um critério identificatório nesses moldes - utilizável por parte dos cidadãos - seria, seguramente, escassa. LAPORTA, 1990, p. 136.

determinada norma do sistema, identificada mediante esse critério. Nesses moldes, a ignorância ou o erro do juiz em relação ao critério de identificação não o excusa quanto ao descumprimento do seu dever jurídico de aplicar as normas pertencentes ao sistema. Trata-se do significado do *iura novit curia*.

Nesses moldes, para cumprir o dever imposto pela norma N1 - o dever de aplicar ao caso C a norma que apresente a propriedade P (ou o conjunto de propriedades P1, P2,...,Pn) - o juiz deve contar com critérios de identificação desta norma. Assim, a) o juiz identifica N1 como norma do sistema (N1 impõe ao juiz o dever de aplicar a norma que reúne certos requisitos ou apresente determinadas propriedades); b) o juiz, usando os critérios de aplicabilidade, identifica N2 como a norma que reúne os requisitos exigidos por N1; e c) o juiz, na hipótese de cumprimento do dever imposto por N1, aplica N2 na resolução do caso C. No âmbito da aplicação judicial de normas, portanto, cumpre distinguir entre os critérios destinados à identificação das normas aplicáveis em cada caso e as normas de conduta, que impõem deveres aos juízes no que concerne à regulação da conduta de aplicar as normas identificadas de acordo com os critérios pertinentes. Portanto, em relação ao enunciado judicial na forma “a norma N1 é aplicável ao caso C, segundo os critérios de aplicabilidade existentes e, por conseguinte, devo aplicá-la para resolver o caso, com base no dever de aplicação imposto pela norma N2, entretanto não aplicarei N1 no caso C” não há como apontar ignorância do juiz (dando-se por suposto que a norma é realmente aplicável ao caso), e sim desobediência: o juiz identifica corretamente a norma aplicável, mas viola o dever imposto pela norma de conduta respectiva. Se, ao contrário, o juiz identifica equivocadamente a norma aplicável ao caso, ele viola a norma de conduta que lhe impõe o dever jurídico de resolver o caso com base na norma aplicável ao caso posto sob julgamento, em virtude da identificação incorreta desta norma - ignorância ou erro que não excusa a violação do dever jurídico, como visto.

A conexão entre o *ignorantia iuris non excusat* e o *iura novit curia*, como conexão epistêmica entre os pontos de vista do cidadão e do juiz no que tange à necessidade de utilização do critério conceitual compartilhado (definição em uso) de identificação do direito válido, vincula-se, também, à segunda condição hartiana de existência dos sistemas jurídicos, qual seja, a de que grande parte das normas identificadas a partir da regra de reconhecimento seja cumprida por grande parte dos cidadãos, condição esta que, segundo Vilajosana, diz respeito à eficácia²¹⁹ das normas, referida a fatos sociais não convencionais, à diferença da

²¹⁹ Liborio Hierro distingue os sentidos do termo eficácia: 1) eficácia jurídica ou interna: 1.1) eficácia como vigência (entrada em vigor); 1.2) eficácia como (aptidão para) efeito(s) jurídico(s); 2) eficácia social ou externa:

condição convencional de existência da regra de reconhecimento, que exige a presença de fatos sociais de cunho convencional ou institucional.²²⁰ Assim, e conforme anteriormente exposto, a existência de um sistema jurídico depende da eficácia da regra de reconhecimento, como questão empírica atinente ao efetivo uso do critério conceitual de identificação das normas válidas do sistema, e a existência das normas jurídicas depende da eficácia geral do sistema ao qual pertencem. A especificação analítica dessa proposição (condições de existência da regra de reconhecimento e, por conseguinte, do sistema jurídico) pode ser feita nos seguintes moldes:

- (1) existe uma regra efetivamente aceita (ou seja, um uso efetivo de determinado critério conceitual a partir do qual se define o “sistema jurídico”) pelos juízes, com aquiescência dos cidadãos, segundo o qual se identifica como “direito” as normas promulgadas pelo órgão competente;
- (2) existe um sistema jurídico;
- (3) são normas válidas do sistema jurídico aquelas que satisfazem o critério conceitual em uso;
- (4) as normas válidas do sistema jurídico são geralmente obedecidas;
- (5) o sistema jurídico é eficaz.

Essa especificação analítica serve à demonstração da equivalência das condições de verdade do enunciado jurídico “a norma N é direito válido no sistema S” no que concerne aos pontos de vista do cidadão e do juiz: segundo Laporta, se é existencialmente impossível que haja um “direito válido” do ponto de vista do juiz se esse “direito válido” não tem uma “razoável presença empírica” (a aquiescência aludida) em relação às condutas dos cidadãos, ambas as perspectivas ou pontos de vista, portanto, confluem para delimitar as mesmas normas. Nesses moldes, os enunciados de pertinência de normas ao sistema apresentam função descritiva (cujo valor de verdade independe de quem os formulam; ou seja: não é relativa à posição do sujeito cognoscente) e, assim, representam uma “unidade epistemológica”.²²¹ Assim, o critério conceitual identificatório em uso serve como critério

2.1) eficácia como correspondência: 2.1.1) como coincidência; 2.1.2) como cumprimento; 2.2) eficácia como aplicação; 2.3) eficácia como êxito; e 2.4) eficácia como eficiência. A eficácia geral aludida como segunda condição de existência do sistema jurídica é a eficácia social. HIERRO, 2010, p. 77.

²²⁰ VILAJOSANA, 2010, p. 154.

²²¹ LAPORTA, 1990, p. 137. Nesse sentido, José Juan Moreso aduz que “la objetividad jurídica es una propiedad epistémica de nuestras proposiciones jurídicas; de este modo se comprende cómo adquirimos el dominio para captar las condiciones de verdad de muchas proposiciones jurídicas. Este conocimiento presupone una comprensión de la naturaleza institucional del derecho. El conocimiento jurídico es, por así decirlo, dependiente de la práctica” (prática de identificação, acrescentamos). MORESO, José Juan. *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 179.

cognoscitivo tanto para aquele inserido na prática judicial, que usa o critério para identificar as normas que servem de premissas aos raciocínios práticos para fins de emissão das decisões judiciais, como para o observador externo que faz uso do critério para descrição e compreensão da prática (cuja desnecessidade de aceitação desta prática corresponde à neutralidade epistêmica).

Nesse contexto, Antonio-Enrique Pérez Luño²²² assinala que o sentido do *ignorantia iuris non excusat* está em assegurar a eficácia social geral do direito, o que requer a sujeição geral dos poderes públicos e de todos os cidadãos à ordem jurídica. Assim, conforme Pérez Luño, a “função da inescusabilidade da ignorância do direito”, no Estado de Direito, está em assegurar que a eficácia geral das normas jurídicas não colapse a pretextos de desconhecimentos por parte dos destinatários obrigados por tais normas. Se os juízes também estão sujeitos à ordem jurídica, e se eles também são destinatários de determinadas normas, impende assegurar que a eficácia geral destas normas (e, por conseguinte, o adequado cumprimento, pelo direito, de sua função de controle social) não colapse a pretextos de desconhecimentos por parte dos órgãos jurisdicionais. Por isso, a ignorância ou o erro do juiz em relação ao critério de identificação do “direito válido” não o excusa quanto ao descumprimento do seu dever jurídico de decidir os casos de acordo com as normas jurídicas (identificáveis conforme o critério). A asserção de Pérez Luño a respeito da “ignorância do direito” vincula-se, portanto, com a correlação entre o *ignorantia iuris non excusat* e o *iura novit curia*,²²³ correlação essencial para predicar função social à processualística como

²²² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Seguridad jurídica. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco (Org.). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 485. Pérez Luño inclui a *ignorantia iuris non excusat* como uma das “principais manifestações” da segurança jurídica, especificada como valor estreitamente vinculado ao Estado de Direito, cuja concretização bifurca-se em duas exigências objetivas: a) correção estrutural (formulação adequada das normas da ordem jurídica); e b) correção funcional (cumprimento do direito por seus destinatários, especialmente pelos órgãos de aplicação). A dimensão subjetiva da segurança jurídica, por seu turno, corresponde à “certeza do direito”, como “projeção nas situações pessoais das garantias estruturais e funcionais da segurança objetiva”. Decorre da “segurança objetiva” a justificação para destituir de relevância jurídica o desconhecimento das normas por seus destinatários (para fins de irradiação dos efeitos jurídicos decorrentes da incidência jurídica e consequente exigibilidade, pelas autoridades normativas, do cumprimento das normas). Assim, o dever judicial de aplicar normas jurídicas (que pressupõe o *iura novit curia*) vincula-se à “segurança objetiva”, cuja exigência mantém hígido o dever aludido mesmo nas hipóteses de descumprimento, pelos cidadãos, por desconhecimento da norma a ser aplicada. Ezquiaga Ganuzas, de seu turno, destaca que para os cidadãos é conveniente conhecer o direito para fins de poder prever as consequências jurídicas de suas condutas, e para os juízes esse conhecimento coloca-se como uma exigência da função que desempenham, que os obrigam a aplicar normas jurídicas. GANUZAS, Ezquiaga. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 216. Assim, a sociedade requer, dos agentes individuais, certa diligência para conhecer as normas que podem afetar-lhes, como “un modesto precio a pagar si merece la pena vivir bajo el imperio de las leyes”. HIERRO, 2010, p. 231.

²²³ Josep Vilajosana aduz que a eficácia geral das normas como condição de existência do sistema pode ser vista em termos de eficácia “por coincidência” (a existência da norma não se consubstancia como motivo ou razão para a realização, pelo destinatário, da conduta prescrita) ou de eficácia como cumprimento (a existência da norma consubstancia-se como motivo ou razão para a realização da conduta prescrita). As hipóteses que podem

construção da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos (material e processual), porque sem a processualística, como dogmática que tematiza a relação entre os planos a partir do conceito central de tutela jurisdicional, não haveria como se dar a “unidade epistemológica” apontada. Ou ainda: se dentre as condições de verdade dos enunciados jurídicos (“de acordo com a norma N do sistema jurídico S, os sujeitos da classe X estão obrigados - ou proibidos, ou a eles está permitido - realizar a conduta C nas circunstâncias Y”) encontra-se a pertinência de uma norma ao sistema, uma genuína discussão ou desacordo em torno a este tipo de enunciados deve se referir ao mesmo sistema normativo. E um mesmo sistema normativo só é concebível a partir da estabilização dos mesmos critérios de identificação das normas; e essa estabilização, frise-se novamente, não é possível de ocorrer sem a unificação epistemológica entre os pontos de vista dos cidadãos e dos juízes a respeito da identificação do direito; e essa unificação epistemológica, enfim, depende de uma linguagem de sobrenível - dogmática jurídica - que tenha o conceito de tutela jurisdicional como seu conceito central - a processualística -, sendo que tal conceito decorre da distinção entre o plano material e o plano processual. Para afastar qualquer aparência de circularidade argumentativa: a existência do sistema jurídico depende tanto de normas gerais quanto de normas que são decorrentes da aplicação autoritativa-judicial de tais normas, e é essa constatação que afasta as concepções de direito como sendo simplesmente as normas preexistentes às decisões judiciais ou simplesmente aquilo que decorre de tais decisões judiciais.²²⁴

compor o conteúdo da condição de existência são: (a) eficácia “como coincidência” a respeito dos cidadãos e dos juízes; (b) eficácia “como coincidência” em relação com os juízes e eficácia como cumprimento a respeito dos cidadãos; (c) eficácia “como coincidência” a respeito dos cidadãos e eficácia como cumprimento a respeito dos juízes; e (d) eficácia como cumprimento tanto para os cidadãos como para os juízes. Vilajosana aduz que, em princípio, não se pode descartar nenhuma destas possibilidades como conteúdo da condição não-convencional de existência do sistema jurídico; o autor, porém, assinala que há uma forte razão de ordem conceitual para aceitar a hipótese (d), tendo em vista que o direito manifesta sua natureza autoritativa tanto para os cidadãos quanto para os juízes. VILAJOSANA, 2010, p. 182.

²²⁴ É o magistério de John Gardner: “we can see that only when we see that law is, more specifically, the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules and rulings. Law exists only when there are law-applying officials with the authority to rule on particular matters in purported application of the legal rules”. GARDNER, John. *Law as a leap of faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 209. Gardner, em consideração que correlaciona o sistema jurídico em geral com o conceito de tutela jurisdicional (correspondente aos “legal rulings”), aduz que os agentes aplicadores, às vezes, fazem novas normas por meio da aplicação judicial de normas, normas estas que não seriam normas jurídicas não fosse a própria atividade de aplicá-las. Segundo Gardner, esse é o modo pela qual se estabiliza uma regra de reconhecimento, como critério a partir do qual se pode identificar os agentes que fazem as normas jurídicas: “this norm is in turn made by an official practice of applying, as legal norms, norms made by the agents that it designates”. *Ibidem.*, p. 186. Os agentes aplicadores, noutras vezes, produzem novas normas jurídicas por meio da aplicação de outras normas jurídicas preexistentes: “the simplest and most everyday examples are those in which courts make legal rulings (legal norms applicable to one case only) by applying legal rules (legal norms applicable to a succession of cases). The ruling is always a new legal norm, even though the case is already regulated by the rule. Why? The making of the ruling has legal consequences: it changes the application of other (not yet mentioned) legal norms. Not until

Nesse contexto, e segundo Vilajosana, a assunção da existência de um mesmo sistema normativo, devido à presença de determinadas propriedades, equivale a levar com consideração de um sistema conceitualmente privilegiado frente a outros sistemas possíveis: nesse sentido, a eficácia geral das normas aparece como um critério idôneo para selecionar um sistema jurídico, assegurando-se, deste modo, a objetividade do conhecimento jurídico²²⁵, como objetividade da determinação das condições (e do valor) de verdade dos enunciados jurídicos²²⁶. Assim, se a processualística é a dogmática cuja tarefa inclui a necessidade de equacionamento entre os planos da ordem jurídica, sua função social pode ser vista a partir da correlação que parte do *iura novit curia* em direção ao *ignorantia iuris non excusat*, para possibilitar a objetividade do conhecimento jurídico à luz de determinado critério de identificação de normas referidas à mesma (e unitária) ordem jurídica. A respeito, Daniel Mendonça e Ricardo Guibourg²²⁷ assinalam que:

[...] al describir los criterios que son objeto de su estudio, la ciencia jurídica emplea su conocimiento de los actos normativos y de los textos legales que de ellos resultan, pero también investiga el efecto que tales actos - u otros factores - tienen en la actitud represiva de la comunidad o de sus órganos frente a ciertas conductas. Donde aquellos criterios resulten variados o conflictivos, la ciencia del derecho registrará la ausencia de una regularidad identificable, así como el grado de aceptación del que goce cada una de las argumentaciones parcialmente reconocidas. Pero, al mismo tiempo, el jurista intentará trazar un sistema racional en el que estos criterios empíricamente distinguibles puedan insertarse y que sea capaz de explicar el modo por el que distintos tipos de actos normativos influyen en la formación de tales criterios. Esta sistematización, necesaria para la profesión del abogado, no tiene garantías de permanencia, ya que poderosos hechos antisistemáticos (la revolución y el golpe de Estado son los más obvios, pero hay otros) pueden obligar al abandono de un sistema cuya relación con lo empírico se ha vuelto demasiado tenue y la adopción de uno nuevo a las circunstancias.

the ruling has been made in his favour, for example, can Smith lawfully enlist petty officials who will auction Jones's property, or attach Jones's earnings. This shows that the ruling is a legal norm even where it is merely a judicial application of the legal rule that already applies to the case". Ibidem, p. 186.

²²⁵ VILAJOSANA, 2010, p. 187. A partir do exposto, Vilajosana assinala que o objeto de conhecimento da dogmática jurídica é um sistema normativo que em geral é obedecido (ou cumprido) e aplicado em uma determinada comunidade. Se um determinado sistema S1 deixa de ser eficaz (deixa de ter certo grau de eficácia social) em um momento determinado (ou em um lapso de tempo) - em virtude de, *verbi gracia*, uma revolução -, e passam a ser as normas de S2 as que são geralmente obedecidas e aplicadas, haverá uma mudança nos critérios de identificação e de sistematização das normas jurídicas, alterando-se o objeto de sistematização, que passa a ser o conjunto das normas de S2 (a partir da referência a determinado "sistema originário" ou "normas independentes" como compoendo a "primeira Constituição", nos termos anteriormente apontados).

²²⁶ Decorre do modelo teórico exposto nesta investigação a concepção de conhecimento jurídico de acordo com o qual o conhecimento acerca dos *status* jurídico é independente das crenças daqueles que formulam os enunciados jurídicos. Tais enunciados resultam verdadeiros ou falsos em virtude do que o direito efetivamente dispõe para determinados casos, particularidade que, por seu turno, reporta-se à concretização de certos fatos sociais complexos.

²²⁷ MENDONÇA, Daniel; GUIBOURG, Ricardo. *La odisea constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 41.

A sistematização, assim, reconstrói um sistema como pretensões de racionalidade; para o cumprimento das funções daqueles que lidam profissionalmente com o direito, “cualquiera que sea el modelo descriptivo de derecho que prefiramos o nos veamos obligados a adoptar, hay una condición a la que no podemos renunciar: la racionalidad interna del modelo, sin la cual el sistema entero se vuelve ininteligible para el jurista, inútil para el gobernante y peligrosa para el ciudadano”.²²⁸

Ezquiaga Ganuzas²²⁹ assinala, no ponto, que a manutenção do *ignorantia iuris non excusat* somente é possível a partir da existência do *iura novit curia*, de modo que este pode ser considerado como “condição de funcionalidade” daquele: além do fato de o *ignorantia iuris non excusat* referir-se aos cidadãos e o *iura novit curia* referir-se aos juízes, pode-se dizer que o segundo dirige-se, ademais, às partes do processo judicial, e o primeiro, apesar de referido aos cidadãos, dirige-se, segundo Ganuzas, aos órgãos jurisdicionais²³⁰ (como máxima cujo conteúdo explicita que o dever de aplicar as normas jurídicas diz respeito, inclusive, àqueles que as ignoram). De tais considerações depreende-se a correlação entre a segunda condição de existência do sistema jurídico e a equivalência das condições de verdade, em relação às perspectivas do cidadão e do juiz, do enunciado “a norma N é direito válido no sistema S”: a eficácia (social ou externa) geral das normas, inclusive nos casos de ignorância por parte dos cidadãos, depende do conhecimento do direito por parte dos órgãos jurisdicionais, à luz de um critério de identificação efetivamente em uso.

O *ignorantia iuris non excusat* veicula, portanto, um critério de aplicabilidade das normas jurídicas que os juízes têm o dever de aplicar em virtude do *iura novit curia* (como norma que impõe tal dever); o entrelaçamento dos planos (material e processual) da ordem jurídica com base no enlace normativo entre os cidadãos e os juízes dá-se a partir de subconjunto de normas aplicáveis. Esse subconjunto mostra como a conjunção entre as condições de verdade dos enunciados de dever jurídico do cidadão (“os cidadãos C têm o dever jurídico de fazer *p*”) e as dos enunciados de dever jurídico do juiz (“os juízes X têm o dever jurídico de fazer *y*”) revela-se importante para a determinação das condições de verdade dos enunciados jurídicos na forma “de acordo com a norma N do sistema jurídico S, os sujeitos da classe X estão obrigados - ou proibidos, ou a eles está permitido - realizar a

²²⁸ MENDONÇA; GUIBOURG, 2004, p. 41.

²²⁹ GANUZAS, 2000, p. 242. Destaca o autor que “la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de un comportamiento no es, sin embargo, independiente del comportamiento de los jueces ya que depende de la cognoscibilidad de las normas jurídicas, pero, cuando esse conocimiento es posible, también de que los órganos jurisdiccionales dicten una decisión conforme con esas normas”. Ibidem, p. 242.

²³⁰ Nesse sentido, o *ignorantia iuris non excusat* corresponde a um critério de aplicabilidade, noção que, juntamente com o conceito de aplicabilidade das normas jurídicas, será abordada no item 8.3.

conduta C nas circunstâncias Y”. E é exatamente essa conjunção (de condições) que predica, de modo específico, função social à processualística, que toma o *iura novit curia*²³¹ como *regula iuris* para a realização de seu labor de sistematização cognoscitiva das normas componentes da ordem jurídica.

Conforme anteriormente assinalado, a função social da processualística como construção da unidade da ordem jurídica (para fins de possibilitar a identificação objetiva do direito) pode ser perspectivada à luz da dicotomia, analisada pela teoria jurídica hartiana, entre a posição do observador e a posição do participante (da prática jurídica), com base na tese da “igualdade de possibilidades epistêmicas”, em cujo âmbito se diferencia entre o conhecimento de uma norma e a atitude prática que se adote em relação a tal norma, tese a partir da qual se compreende a existência de unificação dos critérios de identificação das normas componentes do sistema jurídico. Assim, um enunciado acerca do que o direito dispõe em relação à determinada matéria utiliza (de forma neutral) a regra de reconhecimento (critério de identificação) para reconhecer a validade de uma norma particular do sistema, enunciado este que pressupõe a verdade do enunciado fático externo no sentido de que o sistema é geralmente eficaz. Tanto aquele que “aprova” ou “aceita” tal norma particular, como aquele que não a aprova, tem a possibilidade de identificá-la como sendo “direito válido” em relação à comunidade (onde ambos se encontram incluídos). Conforme aduz Liborio Hierro,²³² o participante é, para o direito, todo aquele submetido às suas normas sem que se requeira, para ser participante, qualquer grau de aceitação: requer-se a constatação do

²³¹ Corroborar o exposto a estreita vinculação do *iura novit curia* com o princípio dispositivo e com a máxima *da mihi facta, dabo tibi ius* (“existe una marcada propensión a entender que la declaración del derecho aplicable a los hechos aducidos por el actor pertenece a la esencia de la potestad jurisdiccional ejercitada por los tribunales, por mucho que éste no haya realizado una calificación jurídica acertada. La máxima *iura novit curia* se identifica, pues, con la que reza *da mihi facta, dabo tibi ius*, y ambas se configuran como elemento constitutivo de la potestad jurisdiccional”. SÁCHEZ, Guillermo Ormazabal. *Iura novit curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 83. Como máxima correlacionada ao *da mihi facta, dabo tibi ius* está o *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*; a respeito, vide PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Barcelona: Bosch, 2007. No ponto, Assinala Jorge Malem que “un juez de la legalidad supone, además, que tiene el deber de obedecer al derecho y que, por lo tanto, no se puede amparar en su conciencia para no aplicar el derecho que conoce”. MALEM, Jorge. *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa, 2008. p. 242.

²³² HIERRO, Liborio. Por qué ser positivista?. *Alicante, Doxa*, n. 25, 2002. p. 268. Hierro aduz que o observador não participa, mas necessita informação sobre as crenças dos participantes para saber quais são as normas que usam; o participante não observa (e sim usa as normas), mas necessita informação sobre as crenças dos demais participantes e, por conseguinte, sobre os critérios de validade para saber quais são as normas que devem usar. A partir disso, conclui o autor que “las condiciones de verdad de la proposición enunciada como ‘la norma N es derecho válido en el sistema S’ sean independientes de que quién la enuncia lo haga desde un punto de vista externo o desde un punto de vista interno. La diferencia entre ambos puntos de vista sólo afecta a la consecuencia que el observador y el participante extraen de esa proposición: el observador extrae como consecuencia que los sujetos del sistema jurídico S la usarán como norma (y que probablemente un cierto número de sujetos cualificados la aceptará moralmente); el participante extrae como consecuencia que esa norma le vincula jurídicamente (y ello con independencia de que la acepte o la repudie moralmente)”. Ibidem, p. 278.

“direito válido” na comunidade. Nesses moldes, não há diferença, para efeitos cognitivos, entre o observador externo e o que se “vê obrigado a participar”, assim como não há diferença entre o “participante-não aceitante” e o “participante-entusiasta” no que diz respeito à identificação das normas válidas segundo os critérios de identificação em uso. A partir disso, conclui-se que os dogmáticos jurídicos formulam enunciados utilizando determinada regra de reconhecimento (sem que exista a necessidade de enunciar a aceitação de tal regra) para especificar as normas que pertencem ao sistema e, assim, sistematizá-las, resolver contradições e lacunas, etc., para fins de qualificação das condutas dos cidadãos (prescindindo de que se trate de “cidadãos-participantes-entusiastas” ou “cidadãos-participantes-não aceitantes”), ao estabelecer as consequências jurídicas que se derivam da realização de tais condutas. Assim, as condições de verdade dos enunciados jurídicos (“a norma N é direito válido no sistema S”) são as mesmas em relação ao observador e ao participante, independentes, portanto, do grau de aceitação das normas identificadas ou da atitude prática tomada em relação a elas. Sob tais pressupostos reafirma-se o que foi exposto concernentemente ao juiz como “cânone cognoscente do direito”: a partir da identificação objetiva do direito (cuja possibilidade predica função social à dogmática em geral, e à processualística em especial) o jurista formula enunciados correspondentes a “atos hipotéticos de aplicação judicial do direito” (embasados na implícita identificação das normas jurídicas).²³³

²³³ Conforme Christian Dahlman, “judges perform adjudicative as well as epistemic recognition. They engage in epistemic recognition to identify the norms of adjudication that are practiced by judges in their legal order. And nobody can deny that law professors and other ‘observers’ do not merely observe how courts apply the law, but also pass judgements on how they would apply the law if they were in the court’s position. These judgements are hypothetical acts of adjudicative recognition. Thus, the distinction between adjudicative and epistemic recognition can not be equalized with a distinction between legal participants and legal observers” DAHLMAN, 2004, p. 241. Em sentido análogo, Eugenio Bulygin assinala: “the observer’s perspective is the standpoint of those persons that pretend to describe the law without being committed to obey or to follow its norms. A typical case is that of a jurist or legal scientist. The task of legal science is to determine or to identify which norms belong to the legal system and what they prescribe, i. e., which actions are obligatory, prohibited and permitted by law. So it is primarily a problem of cognition of law and the identification of its norms. [...] While the observer’s perspective is based on the description of law, the participant’s perspective is connected to the application of the law for solving practical problems. In this sense judges are indeed its most important actors. But in the activity of a judge two different phases must be distinguished. When a judge has to solve a legal problem, he must adopt in the first place the perspective of an observer in order to determine what prescribes the existing law. [...] In such situation only the observer’s perspective is relevant also for the judge”. BULYGIN, Eugenio. Alexy between positivism and non-positivism. In: Conference on Neutrality and Theory of Law Girona 2010, Girona: [s.n.], 2010. p. 9.

6.2 *NON LIQUET* E DECIDIBILIDADE

Além do exposto, pode-se dizer que o juiz configura o “cânone cognoscente do direito” porque a caracterização da autoridade normativa cuja função é a aplicação judicial das normas jurídicas exige o rompimento da circularidade, anteriormente apontada, acerca da formulação das condições de existência do sistema jurídico: uma concepção de sistema que coloca a regra de reconhecimento como norma que obriga os juízes a aplicar as normas que reúnem determinados requisitos (em virtude dos quais se identificam como normas jurídicas válidas), e deriva desta regra de reconhecimento o critério de identificação das normas jurídicas, não pode determinar quem são os juízes. Qualquer pessoa identifica os juízes mediante normas jurídicas: juízes são aqueles indivíduos assim identificados a partir de um procedimento previsto na Constituição e em determinadas normas infraconstitucionais, que têm competência para resolver, autoritativamente, controvérsias mediante aplicação de normas jurídicas. Nesse ponto, a teoria jurídica hartiana, consoante assinalado, apresenta-se circular: identifica a regra de reconhecimento por meio das normas de adjudicação (que conferem competência ou poder jurisdicional aos juízes), identificadas, por sua vez, mediante a regra de reconhecimento. Segundo Hart, a existência da regra de reconhecimento depende da conduta dos juízes (porque Hart coloca a regra de reconhecimento como uma espécie de regra social) e para determinar a identidade dos juízes é necessário recorrer à regra de reconhecimento (regra que determina quais são as normas de adjudicação válidas). O rompimento da circularidade dá-se a partir da noção de uso efetivo de determinado critério de identificação das normas jurídicas, critério este que os juízes usam para identificar as normas pertencentes sistema, assim como os juristas e cidadãos que, a partir de tal uso, identificam quem são os juízes.²³⁴ Segundo Daniel Mendonça,²³⁵ a identificação dos juízes realiza-se com base em normas jurídicas válidas de competência que os habilitam a decidir, em caráter de autoridades de direito, as questões a eles submetidas como controvérsias. Complementa a caracterização do *status* normativos dos juízes, ademais, as “modalidades jurídicas” indicadas por Mendonça: competências, poderes, garantias, sujeições e deveres (a partir do conjunto de

²³⁴ Francisco Laporta aduz que sabemos o que o “direito é” não a partir da atitude dos aplicadores, e sim porque sabemos quem são os aplicadores. Se os cidadãos e os aplicadores (especialmente, juízes) podem distinguir as normas que são jurídicas das que não são é porque existe um critério para a identificação, independentemente da atitude dos aplicadores. Esse critério permite identificar o juiz como autoridade normativa do sistema. O autor corrobora, a partir disso, a conclusão no sentido da “igualdade de possibilidades epistêmicas”, entre o observador e o participante, para determinar “qual é o direito válido” na comunidade. LAPORTA, 1990, p. 140.

²³⁵ MENDONÇA, Daniel. *Las claves del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 131.

normas que conferem aos juízes poderes e competências, estabelecem limitações e incompetências - que excluem certos âmbitos dos poderes e competências -, prescrevem determinados deveres, outorgam certas garantias e impõem determinadas sujeições). Como visto, o rompimento da circularidade apontada predica, na medida de sua essencial contribuição para tanto, função social à processualística.

A identificação dos juízes, a partir de normas jurídicas identificadas por determinado critério conceitual em uso, correlaciona-se com a própria noção de sistema jurídico como modelo analítico (e, por conseguinte, com a decidibilidade, ou inegabilidade dos pontos de partida, como problema da dogmática jurídica): as decisões emitidas pelos juízes, como autoridades normativas competentes (com poderes jurisdicionais, portanto), exigem tratamento teórico - reconstrução racional de uma prática -, uma vez que se exige que tais decisões estejam fundadas em normas (gerais) do sistema. Além disso, e como visto, das decisões judiciais exsurtem normas individuais, e para que sejam consideradas normas do sistema, necessitam vincular-se a determinado critério, tendo em vista a finalidade de recondução à unidade sistemática. Nesse contexto, os problemas envolvidos na relação entre sistema jurídico e decisões judiciais levam em conta que (a) as normas emitidas pelos juízes são consideradas também normas válidas no sistema; (b) sua validade (ou pertinência) depende do seu enquadramento como normas individuais justificadas; (c) as razões para a justificação devem ser as normas gerais relevantes para o conflito objeto de decisão, normas gerais estas, por sua vez, válidas no sistema que outorga competência aos juízes; e (d) uma característica compartilhada dos sistemas jurídicos que instituem órgãos jurisdicionais é que os juízes, normalmente, estão obrigados a adotar decisões em todo caso de conflito que pertença à classe definida nas normas jurisdicionais de competência (vedação do *non liquet*). Assim, o marco de referência da relação entre sistema jurídico e decisões judiciais requer, também, um critério teórico de reconhecimento das normas individuais decorrentes das decisões dos juízes.²³⁶ Conforme a exigência decorrente do critério de legalidade (decorrente do modelo de sistema jurídico, modelo que fornece os critérios de validade), a decisão judicial deve ser adotada por autoridades competentes, de acordo com um sistema normativo determinado ou identificável. Assim, impende verificar se a emissão da norma individual é um ato obrigatório ou permitido a partir das normas deste sistema determinado; por outro lado, o sistema pode conter uma norma proibitiva desta decisão, em cujo caso se trata de uma norma individual ilegal, e seu resultado não constitui uma norma válida. Conforme Ricardo

²³⁶ CARACCILO, 1988, p. 74.

Caracciolo,²³⁷ a justificação da decisão judicial, nesse marco de referência, constitui uma das condições de pertinência (validade) da norma dela decorrente.

Dentro desse marco de referência coloca-se o paradoxo decorrente da conjunção da inescusabilidade judicial quanto à não-aplicação de normas jurídicas com base na ignorância ou erro em relação ao critério de identificação (*iura novit curia*) e a inescusabilidade da emissão de decisão a respeito de todos os casos inseridos no âmbito competencial do juiz: a adoção de uma decisão judicial é um ato obrigatório e, portanto, seu cumprimento constitui também uma razão para a justificação decisória. A questão está em saber se este dever jurídico do juiz é independente do dever de fundamentar o conteúdo da norma individual decorrente da decisão judicial. Em caso positivo, o dever de decidir não se encontra condicionado pelo prévio caráter “completo” do sistema. Se o sistema carece de uma norma geral a que um determinado caso individual possa se reportar para fins de solução normativa, o ato do juiz, adotado para resolver tal caso, será qualificado, paradoxal e simultaneamente, de legal e ilegal. Isso porque constitui o cumprimento do dever de decidir, ao mesmo tempo em que se caracteriza como ato decisório proibido, tendo em vista que não aplicou uma norma jurídica do sistema (face à inexistência de tal norma). Desse modo, a validade da norma decorrente da decisão judicial mostra-se indecidível, ao apresentar respostas contraditórias, sem que tal contradição seja imputável ao sistema jurídico. Consoante aduz Caracciolo,²³⁸ o cumprimento do dever de fundamentar supõe causalmente o cumprimento do dever de decidir, mas a recíproca não é verdadeira, porque é possível decidir sem fundamentar. Significa dizer: se o sistema não é “completo”, trata-se de uma situação em que se mostra impossível o cumprimento simultâneo dos dois deveres²³⁹ e, por conseguinte, como situação que obstaculiza a recondução das decisões judiciais à unidade da ordem jurídica. O *non liquet* revela, portanto, o problema da decidibilidade (próprio à processualística, como dogmática jurídica) do *status* da decisão judicial perante o sistema jurídico.

Se o paradoxo resolve-se em favor da exclusão da norma individual emitida, o dever de decidir depende do dever de fundamentar. Assim, o juiz está obrigado a omitir a decisão quando não se pode inferir do sistema S, para o caso individual a decidir, a solução normativa que corresponda a determinadas consequências lógicas das normas jurídicas gerais (inferência

²³⁷ CARACCILO, 1988, p. 75.

²³⁸ *Ibidem*, p. 83.

²³⁹ *Ibidem*, p. 83. Assinala o autor que a necessidade de optar entre o cumprimento de um dos deveres, enquanto condição de validade, pode ser generalizada para além da situação atinente ao “caráter incompleto” do sistema, ou seja, para qualquer situação em que se questione o conteúdo da decisão, ao se advertir que a questão de saber se uma norma N é ou não uma consequência lógica (inferência lógica como critério de pertinência) não é decidível nos sistemas de linguagem natural (não formalizada).

lógica como critério de pertinência). Isso implica que as decisões judiciais não podem funcionar como critério de reconhecimento do sistema S: elas não consubstanciam normas caso não se fundamentem em S. Em sentido inverso, caso se admita a validade da norma emitida, apesar do seu conteúdo, o cumprimento do dever de fundamentar (que implica a satisfação do critério de inferência lógica como critério de validade/pertinência), é irrelevante: a legalidade do ato de decidir depende somente das condições formais de competência.²⁴⁰

Considerar que, conforme Caracciolo,²⁴¹ para a identificação da norma decorrente da decisão judicial basta a satisfação de um requisito formal não significa excluir o conteúdo das decisões na tarefa de dar conta do funcionamento do direito. Um tribunal de instância superior pode “tornar sem efeito” ou modificar uma decisão judicial previamente reconhecida usando como razão da reforma (ou nulificação) o afastamento, pela decisão judicial, do conteúdo do direito vigente. Na medida em que a decisão sustenta-se “em algum sistema”, a reforma resulta do questionamento em relação à justificação decisória atinente à justificação do sistema (ou sua eleição) a respeito do qual a decisão se reportou. Caracciolo assinala que o uso paradoxal do critério de legalidade (como critério de pertinência/validade) explica-se, portanto, por duas funções que este cumpre em relação a dimensões distintas da prática do uso de normas. O critério que se sustenta no cumprimento do dever jurídico de decidir funciona como condição suficiente de identificação das normas individuais decorrentes das decisões judicial; o critério que aponta para a satisfação do dever de fundamentar o conteúdo consubstancia um instrumento de crítica das decisões, que resulta operativo desde o ponto de vista de um sistema distinto daquele resultante do reconhecimento efetuado pela decisão em questão.²⁴²

²⁴⁰ CARACCIOLO, 1988, p. 84. Caracciolo aduz que na prática de identificação de decisões judiciais o uso do critério formal (cumprimento do dever de decidir - vedação do *non liquet*) é assumido como pauta suficiente. Tal particularidade revela-se toda vez que se está disposto a admitir o caráter de norma ao resultado da decisão judicial, apesar de que se controverta seu conteúdo. Isso dá conta do fato de que, suposta a consistência do sistema de normas gerais, duas decisões judiciais emitidas para casos similares, com conteúdos manifestamente contraditórios, são consideradas normas válidas (simultaneamente). Do ponto de vista do dever de fundamentar, uma das decisões, ao menos, teria que ser rechaçada.

²⁴¹ Ibidem, p. 87.

²⁴² Ibidem, p. 87. Assinala Caracciolo que “como semejante crítica es siempre posible en relación a cualquier decisión, incluyendo las que invoquen en su favor la ‘interpretación normal’ del contenido de las prescripciones, de nuevo se tiene aquí, en el nivel del proceso de aplicación, el uso normativo de la noción de ‘sistema jurídico’, según el cual determinadas normas deben ser aceptadas. Ello con independencia de la circunstancia fáctica de la aceptación compartida. Tal circunstancia en la medida en que se trata de hechos no puede explicarse, obviamente, mediante el solo recurso al contenido de un sistema de normas”. Ibidem, p. 87.

O paradoxo apontado foi assinalado por Alchourrón e Bulygin.²⁴³ Segundo os autores, dentre as normas de obrigação, que integram o plano do direito processual, destaca-se aquela que impõe a obrigação de julgar (vedação do *non liquet*) e a que impõe a obrigação de fundar as decisões no direito. Os juízes têm a obrigação de julgar, ou seja, de emitir decisão resolvendo a controvérsia submetida ao seu conhecimento. Esta obrigação genérica de julgar compreende toda uma série de obrigações específicas, relativas à realização de diversos atos processuais (como, por exemplo, a recepção das provas), e é relativa aos casos inseridos no âmbito de competência do juiz (se o caso não se encontra no âmbito competencial, o juiz, não somente não deve resolvê-lo, mas, normalmente, está proibido de julgá-lo). Os juízes têm a obrigação, ainda, de fundar suas decisões em normas pertencentes ao sistema jurídico (aplicar normas jurídicas gerais, portanto, e não criá-las, pelo menos na generalidade das hipóteses). Entretanto, se ao juiz está proibido modificar o direito material (porque a ele incumbe aplicar normas preexistentes, integrantes do plano material da ordem jurídica), então a situação parece insolúvel: o juiz necessariamente deixará de cumprir alguma de suas obrigações. Assim, se o juiz soluciona o caso judicial sem solucionar o correspondente caso genérico que não tenha solução normativa (ou seja, sem modificar o sistema, já que o caso genérico carece *ex hypothesi* de solução normativo-abstrata), então sua decisão não está fundada no plano do direito material e, de conseguinte, viola o dever de julgar conforme o direito. Se o julgador soluciona o caso genérico, modifica o sistema, e como, por hipótese, este sistema impõe-lhe a proibição de tal modificação, o juiz realiza um ato proibido. Se, por último, o julgador abstém-se de resolver o caso judicial, viola seu dever de julgar. Isso mostra que os três deveres (proibição de abster-se de julgar, dever de julgar conforme o direito e proibição de modificar o direito) são incompatíveis entre si em caso de lacunas normativas; somente podem coexistir, portanto, se o sistema é completo.²⁴⁴ E o sistema não é completo.

²⁴³ ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 210.

²⁴⁴ ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2006, p. 218. Os jusfilósofos destacam que os deveres jurídicos do juiz podem ser visualizados a partir de três princípios (cuja coerência, em seu conjunto, supõe algo que nem sempre, ou quase nunca, ocorre: que o sistema seja completo, ou seja, sem lacunas normativas): (a) princípio da inescusabilidade: os juízes devem resolver todos os casos que estiverem dentro da esfera de sua competência; (b) princípio de justificação: as resoluções dos juízes devem ser fundadas (os juízes devem dar razões de suas decisões); e (c) princípio de legalidade (ou juridicidade): as resoluções judiciais devem ser fundadas em normas jurídicas (restrição à eleição dos fundamentos, limitando o âmbito das razões que podem figurar como fundamentos aceitáveis). Os três princípios podem ser resumidos pelo enunciado “os juízes devem resolver todos os casos que estiverem dentro da esfera de sua competência, por meio de decisões fundadas em normas jurídicas”. Os três princípios aludidos só são compatíveis na hipótese de ser verdadeira a proposição “no conjunto formado pela totalidade das normas jurídicas sempre pode ser encontrada a fundamentação normativa para solucionar qualquer caso que se submeta aos juízes”. *Ibidem*, p. 218. Alchourrón e Bulygin aduzem, a respeito, que tal proposição é verdadeira “en casos muy excepcionales: sólo respecto de sistemas cerrados, como el derecho penal liberal, que contiene la regla de clausura *nullum crimen*. Con referencia a la mayor parte de los

É a partir dessa incompatibilidade que se coloca a correlação entre identificação dos juízes (ou a caracterização do seu *status* normativo à luz de determinado critério) e o dever genérico de julgar (vedação do *non liquet*) com a decidibilidade como problema central da dogmática jurídica em geral (e dos seus modelos) e da processualística em particular: a completude normativa consubstancia um ideal racional, constituindo um pressuposto da atividade dos juristas (na medida em que possa ser qualificada de científica). Segundo Alchourrón e Bulygin, a exigência de completude como ideal racional vincula-se à função central dos sistemas jurídicos, qual seja, a de tornar possível a adjudicação de um significado normativo às ações e decisões humanas. Se a atividade dos juristas - notadamente a de sistematização - é indissociável da construção da unidade do sistema jurídico, a adjudicação de significados normativos às ações e decisões humanas somente se torna possível a partir desta atividade; se a exigência de completude é um ideal racional correspondente, no âmbito normativo, a uma específica manifestação do princípio de razão suficiente (*nihil est sine ratione*),²⁴⁵ é em tal ideal que se funda a autoridade da razão dogmática (que no âmbito da tutela jurisdicional especifica a função social da processualística). A inegabilidade dos pontos de partida, correlacionada à configuração da decidibilidade como problema central da dogmática (como pensamento tecnológico), não significa a proclamação de que “todas as

sistemas jurídicos, el postulado es falso”. Ibidem, p. 238. A falsidade da proposição aludida vincula-se, ademais, à possibilidade de construção da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos, como função social da processualística (porquanto a falsidade da proposição corresponde à afirmativa de que nem sempre há direito preexistente à decisão judicial), à luz do problema central da decidibilidade. Jorge L. Rodríguez, de seu turno, especifica o conteúdo do princípio de legalidade (como juridicidade) a partir de outros três: (a) princípio de igualdade de tratamento dos casos: os juízes devem resolver casos análogos aplicando as mesmas normas gerais, ou indicando as diferenças existentes entre eles caso lhes dêem soluções diversas (diferenças que também devem ser contempladas como relevantes em virtude de normas gerais); (b) princípio de preexistência: as normas gerais que servem de fundamento às decisões judiciais devem preexistir a estas decisões (o fundamento da sentença não pode ser “criado” pelo juiz); e (c) princípio de identificabilidade: as normas gerais que servem de fundamento às decisões judiciais devem poder ser identificadas mediante algum critério objetivo (padrão intersubjetivamente verificável). RODRÍGUEZ, 2002, p. 264.

²⁴⁵ A ciência pressupõe que todos os fenômenos são, em princípio, explicáveis e com base neste pressuposto funda-se a exigência de completude dos sistemas científicos: “en forma similar, el ideal de completitud normativa, esto es, la exigencia de que los sistemas normativos sean completos en el sentido de que solucionen todos los casos, presupone que todos los casos son solucionables. [...] Decir que todos los casos son solucionables significa que para todo caso hay o es posible construir un sistema normativo tal, que lo correlacione con alguna solución. La hipótesis de casos no solucionables, es decir, situaciones en las que no hay razones (ni puede haberlas) para elegir tal o cual curso de acción, situaciones en las que toda elección es esencialmente arbitraria, es tan irracional, tan intolerable para la razón, como la idea de fenómenos inexplicables (fenómenos no causados por nada)”. ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2006, p. 232. Nesse sentido, importa não confundir a exigência (ideal) de completude com a suposta existência (real) de completude (no sentido de ausência de lacunas normativas), existência essa que, conforme exposto, expressa uma proposição falsa (em relação à maior parte dos sistemas jurídicos). Registre-se, outrossim, que a coerência (ou consistência) também é um ideal dos sistemas jurídicos: “un ideal que resulta de un requisito de racionalidad: sólo se puede guiar adecuadamente el comportamiento humano mediante conjuntos de normas consistentes entre sí”, razão pela qual “los criterios de resolución de antinomias son un medio para acercar nuestros sistemas jurídicos de la realidad al ideal”. MORESO, José Juan; VILAJOSANA, Josep. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 109.

ordens jurídicas positivas são completas” (que implica confusão entre o ideal e a realidade); significa ter como ponto de partida inegável a exigência de completude como ideal racional, que corresponde, em outros termos, a um “ideal das ações e decisões baseadas em normas jurídicas”, a partir da compatibilização dos deveres jurídicos do juiz (supra mencionados). Tal intento de compatibilização, por seu turno, corresponde à controlabilidade racional das decisões judiciais.

Nesse contexto, a razão dogmática mantém o ideal (racional) das ações/decisões baseadas em normas jurídicas realizando diferenciações entre categorias normativas, equivalente às distinções entre os modos de obedecer (ou de “satisfazer”) as normas pertencentes ao sistema. Uma diferenciação importante a respeito²⁴⁶ (como distinção entre dois tipos de razões para ação/decisão decorrentes das normas) pode ser explicitada da seguinte maneira: determinadas normas aspiram a um resultado (obtenção, cancelamento ou substituição de um estado de coisas) que pode ser totalmente obtido mediante uma conduta do destinatário direto; tais normas determinam uma específica conduta (explícita ou implicitamente) que “garante” o resultado que se intenta obter. Nesse sentido, estas pautas normativas requerem obediência: a conformidade entre o estado de coisas por elas delineado e o estado de coisas que se produz na realidade é suficiente para a “satisfação” da norma (a norma não exige que o destinatário direto a aceite como uma razão que motive sua conduta). Determinadas normas, por outro lado, aspiram a certos resultados (obtenção, cancelamento ou substituição de um estado de coisas) que não podem ser inteiramente obtidos mediante uma conduta dos seus destinatários diretos: a norma limita-se a delinear o estado de coisas sem requerer uma específica conduta que “garanta” sua obtenção. Tais pautas normativas requerem que seus destinatários as incorporem como razões para atuar (somente assumindo a norma como um objetivo ou um fim é possível identificar algum tipo de conduta como “contribuição” ao resultado ou “modo de satisfação” da norma). Assim, (a) determinadas normas requerem certos resultados (buscando motivar o comportamento, sem que tal motivação seja parte daquilo que a norma exige): a satisfação de tais normas não exige que o agente as incorpore como razões para atuar, uma vez que a norma é satisfeita por seu destinatário direto quando este efetivamente dá lugar ao estado de coisas requerido (por qualquer razão que seja; essas normas, portanto, exigem a implementação de resultados determinados); (b) outras normas apontam à obtenção de um estado de coisas requerendo que

²⁴⁶ Não há pretensão de exaustividade em relação à distinção entre categorias normativas (tema amplamente discutido na teoria do direito, como, por exemplo, a distinção entre regras, princípios e postulados, tema este cujo desenvolvimento refoge aos limites desta investigação).

o destinatário as incorpore em seu raciocínio prático; uma norma deste tipo requer a motivação em ordem a obter certos efeitos, no sentido de que determinados estados de coisas sejam produzidos (sem que isso faça parte daquilo que a norma exige, ou seja, a satisfação da norma não exige que tal efeito efetivamente seja produzido).²⁴⁷ Essas normas, portanto, “propõem” estados de coisas que devem ser assumidos como razões para atuar.

A importância desta diferenciação está em mostrar que o ideal das ações/decisões baseadas em normas jurídicas somente tem sentido como ideal racional (em que se funda a autoridade da razão dogmática) a partir da explicitação dos distintos modos de satisfação das normas por seus destinatários. No caso dos juízes, tal ideal identifica-se com o intento de compatibilização dos seus deveres jurídicos, anteriormente indicados (caracterizadores do plano do direito processual como “subsistema do juiz”, na terminologia de Alchourrón e Bulygin), intento que, consoante destacado, corresponde à controlabilidade racional das decisões judiciais, como decisões baseadas em normas jurídicas. Além disso, os distintos modos de satisfação das normas corroboram aquilo que foi exposto a respeito da função social da dogmática como “função de condicionalização”: os dois tipos de normas indicados podem ser reconstruídos como condicionais cujos antecedentes constituem condições suficientes para uma consequência deôntica. A diferença está em que determinadas normas estabelecem como consequência o dever de produzir certos estados de coisas, e outras normas requerem ser assumidas no raciocínio prático para determinar como atuar (tal categoria normativa busca determinar diretamente tal compromisso em termos de raciocínio prático, e indiretamente uma conduta externa, ou seja, determina os valores ou fins que se devem assumir para determinar como atuar).

Em última análise, a compatibilização da vedação do *non liquet* com o dever de julgar conforme o direito sem modificá-lo predica função social à processualística na atividade de “domesticação” dos juízos acerca das relações de determinação entre decisões possíveis e consequências, porquanto não há como manter o ideal das decisões baseadas em normas jurídicas sem levar consideração as consequências decisórias²⁴⁸ (tendo em vista a distinção

²⁴⁷ Quem aplica esse tipo de normas não decide livremente quais são os estados de coisas ou fins valiosos a perseguir, ou seja, o agente não elege o estado de coisas a alcançar à luz (somente) das exigências de um caso particular ou conforme os seus próprios interesses: ele intenta implementar os estados de coisas decorrentes de normas pertencentes ao sistema conforme os pertinentes critérios de validade. Assim, os conteúdos atribuíveis a este tipo de normas podem ser considerados como “abertos”, mas estão conceitualmente delimitados (delimitação dogmática a partir de critérios conceituais).

²⁴⁸ A razão dogmática funda sua autoridade no “princípio geral de razão suficiente”; tal razão suficiente pode ser vista em termos de controlabilidade intersubjetiva dos critérios judiciais de decisão, cuja racionalidade depende do oferecimento de razões que justifiquem a variação de soluções jurídicas em relação a casos com propriedades definitórias similares. Assim, a “suficiencia de las razones depende, em general, del grado de importancia que se

entre categorias normativas, nos termos supra delineados), para fins de oferecimento de critérios operacionalizáveis de decisão.

6.3 INFERÊNCIA JURÍDICA E ERRO JUDICIAL

Michele Taruffo assinala que:

[...] el principio general comúnmente aceptado es que el derecho no puede ser ‘probado’ en el sentido propio y específico de la palabra: *iura novit curia*, y corresponde al juez conocer el derecho aplicable para decidir un caso. Sólo los hechos (es decir, los enunciados sobre los hechos) son objeto de prueba. Los enunciados relativos a los aspectos jurídicos del caso pueden ser objeto de decisión, de interpretación, de argumentación y de justificación, pero no pueden ser probados. También los enunciados relativos a los hechos son materia de decisión, de interpretación, de argumentación y de justificación, pero sobre todo se puede probar que son verdaderos o falsos.²⁴⁹

Conforme tal entendimento, portanto, os enunciados fácticos diferenciam-se dos enunciados jurídicos (no sentido de enunciados acerca do que o direito dispõe quanto à qualificação deontica de determinada conduta) em virtude da aptidão daqueles, à diferença destes, para a verdade ou falsidade. Todavia, esse entendimento mostra-se incompatível com a relação conceitual entre verdade e legalidade da decisão judicial (assim como entre verdade e devido processo) defendida pelo próprio Taruffo;²⁵⁰ resulta incompatível, outrossim, com sua

atribuya a los propósitos aducidos o a las consecuencias consideradas para justificar las excepciones [em relação à solução dos casos]”. MENDONÇA; GUIBOURG, 2004, p. 189. A assertiva dos autores vai ao encontro do exposto no texto a respeito da consideração das consequências (dogmaticamente “domesticadas”) das decisões como decorrência da distinção entre categorias normativas, distinção essencial ao ideal racional de compatibilização da vinculação decisória às normas jurídicas gerais com a obrigatoriedade de decisão judicial (*non liquet*).

²⁴⁹ TARUFFO, 2010. p. 54.

²⁵⁰ Taruffo assinala que a função de “garantia” do processo judicial “se desarrolla, esencialmente, a través de la determinación de la posición jurídica que constituye el objeto sobre el que recae el ejercicio de la jurisdicción, y que comprende tanto la dimensión jurídica de la controversia, es decir, el derecho sobre cuya existencia se discute, como la dimensión fáctica de la misma, es decir, la determinación de la circunstancias concretas en las que se funda la existencia de esse derecho. En otras palabras, en los sistemas regidos por el principio de legalidad, la jurisdicción tiene como fin la determinación y la actuación del derecho: esto implica que la decisión judicial debe fundarse en la correcta aplicación de la ley a las circunstancias del caso concreto. [...] Lo que si interesa destacar es que una condición necesaria para la corrección jurídica de la decisión es que esté fundada en una determinación verdadera de los hechos del caso. Por una parte, porque es evidente que un sujeto es efectivamente titular de un derecho sólo si son verdaderos los hechos de los que depende en concreto la existencia de ese derecho. Por tanto, una sentencia que afirma, respecto de un sujeto, la existencia de un derecho, debe haber determinado de forma verídica la realización de todas las condiciones de hecho - además de las del derecho - necesarias para que se pueda sostener que ese sujeto es realmente titular de ese derecho”. Ibidem, p. 133. Em complementação ao exposto, o jurista destaca que a “justicia de la decisión no deriva exclusivamente de

defesa acerca da “dimensão epistêmica do processo judicial”. Ademais, quem defende que os enunciados jurídicos não são aptos (ao menos em certos casos) à verdade ou falsidade, compromete-se com uma concepção de direito que nega a possibilidade de reconstrução sistemática da ordem jurídica a partir da dualidade de planos (material e processual). Em outros termos: a dualidade de planos da ordem jurídica (e, por conseguinte, a adequada reconstrução conceitual da tutela jurisdicional) pressupõe a possibilidade de atribuição (ao menos para algumas hipóteses) de valores de verdade aos enunciados jurídicos (consoante a forma canônica anteriormente exposta), à luz dos conceitos de inferência jurídica²⁵¹ e erro judicial. É a tese que aqui se defende quanto à função social da processualística, como razão dogmática responsável pela (re)construção conceitual da tutela jurisdicional.

A atribuição de valores de verdade aos enunciados jurídicos compreende-se a partir da ampliação do que foi delineado a respeito da verdade dos enunciados probatórios, à luz, outrossim, da distinção entre a conduta do juiz em emitir a decisão judicial e a norma individual decorrente desta decisão. Assim, a justificação da norma individual depende de sua relação lógico-inferencial com a(s) norma(s) geral(is) do sistema jurídico; mas a norma

la corrección del procedimiento y no se agota en ésta, sino que depende de la concurrencia de condiciones específicas. Estas condiciones pueden ser resumidas en tres: a) que la decisión sea el resultado de un proceso justo, pues difícilmente sería aceptable como justa una decisión producida en un proceso en el que hayan sido violadas las garantías fundamentales; b) que haya sido corretamente interpretada y aplicada la norma que ha sido asumida como critério de decisión, pues - como hemos visto poco antes - no puede considerarse justa una decisión que no haya sido dictada conforme a derecho, con observância del principio de legalidad, y c) que se funde en una determinación verdadera de los hechos de la causa, ya que - como también se ha dicho - ninguna decisión es justa si se funda en hechos errôneos”. Ibidem, p. 136. Parece claro, portanto, que se Taruffo defende que “la verdad de la determinación de los hechos es un requisito esencial de la legalidad de la decisión”, ele compromete-se com a mesma conclusão (acerca do requisito de legalidade da decisão) em relação à verdade da determinação do direito aplicável; da mesma forma, se “la verdad de los hechos no sólo no es irrelevante: por el contrario, condiciona y determina la corrección jurídica de la solución de la controversia”. Ibidem, p. 134. O mesmo deve ser dito em relação à verdade do direito aplicável, porque, evidentemente, a correção jurídica da solução não depende somente da verdade dos fatos. Por fim, se, conforme Taruffo, nenhuma norma se aplica de forma juridicamente correta a fatos errôneos, a falsidade do enunciado fático não é a única possibilidade de caracterização da incorreção jurídica da aplicação judicial da norma. Com efeito, a aplicação errônea pode ocorrer inclusive a partir com a determinação de enunciados fáticos verdadeiros. Assim, a aptidão para a verdade ou falsidade não é uma diferença específica dos enunciados fáticos em relação aos enunciados jurídicos e, portanto, não é a partir disto que deve ser compreendido a máxima *iura novit curia* (tampouco o *da mihi factum dabo tibi ius* e o *iudex iudicare debet secundum allegata et probata non secundum conscientiam*), ao contrário do que sustenta Taruffo. No ponto, e a título de ilustração, recorde-se o problemático *status* do direito estrangeiro (se “fato” ou “direito”), cuja aporia correspondente redundava na chamada “mitigação” do *iura novit curia* (consideração análoga pode ser feita em relação à necessidade de “prova” do costume, comumente classificado como fonte do direito e, como tal, não poderia ser provado “no sentido próprio e específico da palavra”, para usar os termos do jurista italiano).

²⁵¹ “It is the regular business of lawyers and judges to draw legal inferences; many of those inferences look like na ordinary syllogism, whereby a conclusion is derived from some premises about the normative content of the law and statements describing facts or events”. MARMOR, Andrei. *Truth in law. USC Legal Studies Research Papers Series*, n. 11-3, 2011, p. 01. Steven Burton destaca que os juristas, igualmente, “for the most part draw their inferences from the legal experience, though some advocate legal change and others are academic”. BURTON, 2007, p. 105.

individual somente se deriva da(s) norma(s) geral(is) ajuntando-se: (a) a afirmação verdadeira acerca da ocorrência de certo fato F (enunciado fático), e (b) a afirmação verdadeira de que F pertence à classe C mencionada na(s) norma(s) geral(is) aplicável(is). Se algum destes enunciados for falso, a norma individual não estará justificada na norma geral. Por outro lado, a justificação da conduta do juiz de emitir uma decisão judicial depende, dentre outras coisas, das razões que o juiz pode oferecer a favor da aceitação da verdade de determinado enunciado fático, bem assim da verdade de determinado enunciado de subsunção, ambos - enunciado fático e enunciado de subsunção - premissas no raciocínio judicial. Desse modo, é possível que uma norma individual não esteja justificada em uma norma geral porque os fatos descritos nessa norma geral, que na decisão afirma-se como ocorridos, em realidade não ocorreram (ou seja, o enunciado fático é falso), e que, não obstante, esteja justificada a decisão de adotar como premissa fática o enunciado que afirma a existência de tais fatos por estar, por exemplo, de acordo com o material probatório componente do processo, e conforme as normas que regulam a valoração das provas, tornando permitido - ou inclusive obrigatório - para o juiz aceitar tal enunciado como verdadeiro. Nessa hipótese, configura-se uma decisão-conduta judicial justificada e uma decisão-norma individual não justificada. Por outro lado, também se mostra possível a ocorrência da situação inversa, qual seja, a existência de normas individuais, justificadas em normas gerais, que não se consubstanciam como sendo o resultado de decisões-condutas judiciais justificadas, quando, por exemplo, as razões oferecidas em apoio à verdade do enunciado fático, para fins de inserção deste como premissa do raciocínio judicial, não são suficientes à luz das provas componentes do processo e das normas processuais que regulam a produção, admissibilidade e valoração probatória. Assim, a afirmação, no marco de um processo judicial, da existência de um erro judicial não implica a negação de que o juiz em questão tenha oferecido razões jurídicas para ter aceitado a ocorrência de algo que não ocorreu, que não ocorreu algo que ocorreu, ou que ocorreu algo diferente do que realmente ocorreu, de acordo com o estabelecido nas normas componentes do plano do direito processual. Ao contrário, pressupõe-se a existência de razões jurídicas por parte do juiz - a inexistência de razões identifica-se com arbitrariedade judicial -, mas tais razões, ainda que suficientes para justificar sua decisão, são equivocadas na medida em que não correspondem com aquilo que realmente ocorreu. A partir de tal conceito de erro judicial, o que se qualifica como erro é relativo à ausência de correspondência entre o que

efetivamente ocorreu e aquilo que foi tido por ocorrido por um juiz de acordo com as normas integrantes do sistema jurídico.²⁵²

A possibilidade de erro judicial (ou a falibilidade das decisões judiciais, particularidade distinta - é sempre salutar reiterar - da aptidão dessas decisões para a definitividade), assim, não se resume aos enunciados fáticos, porquanto o juiz pode equivocar-se a respeito das normas componentes do sistema jurídico; a defesa de tal possibilidade, frise-se, vincula-se à defesa da atribuição (ao menos para certos casos)²⁵³ de valores de verdade aos enunciados jurídico-descritivos.²⁵⁴ José Juan Moreso²⁵⁵ aduz as duas teses subjacentes à defesa da aptidão dos enunciados jurídicos para a verdade ou falsidade:

(a) tese das fontes sociais do direito (correlacionada com a neutralidade epistêmica e a identificação objetiva do direito, anteriormente expostas): a existência e o conteúdo do direito em uma sociedade determinada dependem de um conjunto de fatos sociais e/ou institucionais complexos, como conjunto de ações dos membros desta sociedade; e

(b) tese da adjudicação (também denominada de tese dos limites do direito, ou seja, a tese de que pode não existir uma resposta correta ou de que nem sempre há uma resposta correta para determinados casos): ao menos em certas hipóteses existe uma resposta correta aos casos jurídicos e, em tais casos, os juízes devem aplicar o direito criado pelos órgãos legislativos ou, de modo mais abrangente, devem aplicar o direito preexistente à decisão judicial.

A partir disso, os juízes podem equivocar-se quando decidem quais são os direitos e deveres dos cidadãos ou, em outras palavras, as proposições ou enunciados jurídicos singulares têm um valor de verdade prévio à decisão dos juízes em tais casos, de modo que a verdade de tais enunciados não depende da decisão judicial; de conseguinte, o valor de verdade do enunciado independe do ponto de vista ou da perspectiva de quem o formula (incluindo o juiz). Destarte:

[...] la verdad de (al menos la mayoría) de proposiciones jurídicas es epistémicamente objetiva, porque aunque la existencia del hecho jurídico según el cual la pena de muerte está prohibida por la Constitución española no es

²⁵² SUCAR, 2008, p. 432.

²⁵³ “El discurso jurídico tiene un segmento descriptivo, en el que cabe hablar de verdad y de falsedad, y otro segmento valorativo, en el que sólo se pueden intercambiar opiniones, argumentos y, no pocas veces, invectivas”. MENDONÇA; GUIBOURG, 2004, p. 115.

²⁵⁴ O que se pretende-se frisar é que a atribuição de valores de verdade aos enunciados jurídicos, correlacionada com a objetividade do direito e do conhecimento jurídico, vincula-se com a reconstrução da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos (material e processual), reconstrução sistemática cuja realização predica função social à processualística.

²⁵⁵ MORESO, 2009, p. 176.

independiente de nuestras creencias y actitudes (esto es, si no reconocieramos el texto constitucional de 1978 como nuestra Constitución, no diríamos que la pena de muerte está prohibida), la verdad de la proposición expresada por ‘en la Constitución española, la pena de muerte está prohibida’ no depende de los puntos de vista de los que formulan este juicio. La tesis de la adjudicación presupone esta objetividad epistêmica: podemos tener respuestas jurídicas correctas previamente a las decisiones de los tribunales porque podemos conocer objetivamente y mostrar públicamente los derechos y deberes jurídicos de los ciudadanos.²⁵⁶

Esse contexto demonstra, novamente, como a incondicionalidade - em relação à aplicação judicial - da incidência jurídica mostra-se imprescindível à compreensão da objetividade do direito como sendo uma propriedade epistêmica dos enunciados jurídicos, além de demonstrar a relação existente entre a distinção entre os planos da ordem jurídica e a possibilidade de atribuir valores de verdade aos enunciados jurídicos acerca dos direitos e deveres dos cidadãos.²⁵⁷ Essa particularidade evidencia-se a partir da distinção entre enunciados jurídicos “puros” e enunciados jurídicos “aplicados” (ou “singulares”):²⁵⁸ os primeiros dizem respeito à asserção acerca da existência de uma norma N que regula uma situação determinada S (enunciados cujas condições de verdade incluem a existência da norma em questão expressando determinado conteúdo); os segundos, por seu turno, têm, entre suas condições de verdade, a existência de uma norma, por exemplo, a norma N que concede aos cidadãos maiores de dezoito anos o direito a votar nas eleições, conjuntamente com o fato de que o sujeito y é um cidadão maior de dezoito anos, permitindo afirmar, a partir de tais condições, como sendo verdadeiro o enunciado jurídico aplicado (ou singular) na forma “o sujeito y tem o direito a votar nas eleições.”²⁵⁹ Assim, a verdade dos enunciados aplicativos

²⁵⁶ MORESO, 2009, p. 179. Moreso assinala que “el objetivo do conocimiento jurídico consiste en la identificación de los deberes y derechos de los ciudadanos conforme al derecho. En este sentido, el conocimiento jurídico se obtiene de enunciados como, *verbi gratia*, ‘jurídicamente, todos los F tienen la obligación de pagar el impuesto T’ o ‘jurídicamente, x tiene el derecho a ser indemnizado por los daños D’”. Ibidem, p. 175.

²⁵⁷ Conforme a assertiva, a que já se fez referência, no sentido de que “a errada aplicação da norma não altera a veracidade da incidência”. MELLO, 2008, p. 82.

²⁵⁸ A distinção entre enunciados puros e enunciados aplicativos pode ser vista em paralelo à diferença entre questões de direito “puras” (como questões de direito em abstrato, sem referência aos fatos de casos particulares) e questões “mistas” (como questões não abstraíveis das condutas ou fatos atinentes a determinado caso concreto). Sobre a teoria da questão mista, KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Sobre a teoria dos fatos constitucionais e sua taxonomia (*doctrinal facts*, *reviewable facts* e *case-specific facts*), e respectivas *sources and burdens of proof*, FAIGMAN, David L. *Constitutional fictions: a unified theory of constitutional facts*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

²⁵⁹ Esse ponto mostra-se relevante para o delineamento do conceito de tutela jurisdicional (e, pois, para a autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional); além disso, revela como a assertiva de Taruffo, transcrita no texto, mostra-se injustificada à luz do que o próprio jurista italiano defende a respeito da relação conceitual entre verdade e legalidade da decisão judicial (no sentido de decisão “conforme o direito”). Nesse contexto, pode-se dizer que as determinações aplicativo-judiciais contêm, pelo menos, três classes de afirmações: (a) afirmações a respeito da (não) ocorrência dos fatos objeto de julgamento; (b) afirmações a respeito das normas que são aplicáveis aos fatos que se considera como (não) ocorridos; e (c) afirmações a respeito da possibilidade de subsunção dos fatos no âmbito das normas que o julgador reputa aplicáveis (se o caso individual é ou não

depende não apenas da existência de determinadas normas jurídicas, mas também da verdade de determinados enunciados fáticos. (Decorre daí, novamente, que todas as considerações feitas por Taruffo a respeito da relação entre verdade, devido processo legal, imparcialidade, legalidade da decisão judicial e solução juridicamente correta, portanto, não se aplicam apenas aos enunciados fáticos: a verdade de um enunciado jurídico aplicativo depende de - ou pressupõe - a verdade de um enunciado jurídico puro mediante o qual se afirma o que o direito estabelece, de maneira geral, em seu aspecto relevante). Assim, o enunciado jurídico-aplicativo é verdadeiro se a norma “os *F* devem fazer *p*” pertence às consequências do sistema jurídico e se, ademais, é verdadeiro o enunciado fático afirmativo de que “*x* é um *F*”.

No que diz respeito à possibilidade de erro quanto ao direito, para a tese das fontes sociais do direito, as qualificações jurídicas das condutas, evidentemente, não existem de modo transcendente às decisões, práticas, crenças e convenções humanas (particularidade vinculada à própria culturalidade da experiência jurídica); entretanto, isso não implica que a verdade dos enunciados jurídicos não possa ser decidível e, por tanto, determinadamente verdadeiros ou falsos²⁶⁰: tanto a existência de pautas de criação normativa como a existência de uma determinada norma jurídica podem ser afirmadas mediante enunciados decidíveis (quanto à sua verdade ou falsidade). Segundo Germán Sucar,²⁶¹ a compreensão do ponto exige a diferenciação de dois aspectos:

[...] (a) que el derecho es *ipso facto* aquello que una comunidad de abogados y jueces piensa que es, y (b) que el derecho se agota en aquello que se transparenta en las reglas y prácticas que las personas siguen realmente (*i.e.*, sus convenciones). En particular, asumir (b), esto es, que el derecho consiste en un conjunto de reglas efectivamente practicadas, no implica (a), esto es, que el derecho sea lo que una comunidad de abogados y jueces piensan que es, pues, como se ha visto, la existencia de reglas admite el error respecto tanto de su existencia y pertenencia a un sistema jurídico, como respecto de lo que ellas disponen (*i.e.*, de la interpretación de su contenido), por parte de quienes las practican.

uma instanciación de determinado caso genérico contido nas normas selecionadas como aplicáveis). Assim, “la actividad de ordenar a un individuo que realice o no realice una determinada acción puede o no estar sustentada en una determinación aplicativa. Si se pretende que una orden tal esté justificada en las normas generales de un sistema jurídico, deberá guardar sustento en una previa determinación aplicativa. Cuando la orden individual pronunciada por un órgano de aplicación se sustenta en una determinación aplicativa correcta, esto es, cuando la determinación de los hechos, de las normas aplicables y de los enunciados de subsunción correspondientes es apropiada, la decisión judicial que la contiene será estimada como ‘conforme a derecho’, ‘derivación del derecho vigente’, o simplemente ‘válida’; mientras que será calificada como ‘no conforme a derecho’, ‘no derivada del derecho vigente’, o simplemente ‘inválida’ en caso contrario. En este sentido, la verdad de las afirmaciones contenidas en una determinación aplicativa constituye un criterio de corrección de las órdenes o normas individuales de los órganos de aplicación”. SUCAR, 2008, p. 301.

²⁶⁰ Particularidade que evidencia como a decidibilidade (no sentido de determinabilidade) - como problema da dogmática jurídica - associa-se à determinação das condições de verdade dos enunciados jurídicos.

²⁶¹ SUCAR, op. cit., p. 389.

A respeito, importa consignar que os enunciados que predicam alguma propriedade de um objeto podem ser falsos de duas maneiras: (a) porque o objeto não existe; ou (b) porque o objeto (existente) não apresenta a propriedade a ele atribuída. Nesses moldes, a verdade de um enunciado jurídico supõe a existência e a pertinência de uma norma a um sistema jurídico, podendo tal enunciado ser falso porque a norma não existe, ou porque a norma existente não pertence ao sistema jurídico considerado, ou porque a qualificação deôntica da conduta que se afirma como estabelecida pela norma em questão para certos casos (em face de determinadas circunstâncias) não seja aquela efetivamente estabelecida, podendo o erro da assertiva, portanto, recair na qualificação deôntica da conduta e/ou recair quanto às circunstâncias fáticas que condicionam a solução normativa.²⁶²

A tese da adjudicação, por seu turno, tem o condão de correlacionar a noção de erro judicial com a reconstrução racional da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos (direito material e direito processual). Por outro lado, tal tese insere-se no âmbito de uma concepção de justificação da decisão judicial a partir da ampliação do modelo cognoscitivista, ampliação segundo a qual “el proceso judicial en general tiene como objetivo central la búsqueda de la verdad en un doble sentido: tanto con relación a los hechos que de deben juzgar, como al derecho que se debe aplicar”,²⁶³ à luz de “una importante simetría entre

²⁶² Conforme destaca Germán Sucar podem existir pessoas que não tenham conhecimento acerca da existência das pautas de criação normativa de um sistema jurídico, e é possível (como de fato ocorre) que os próprios aceitantes não se encontrem todo o tempo conscientes acerca da existência destas pautas e, por conseguinte, equivoquem-se acerca da regra de reconhecimento (ainda que não seja possível que todos os agentes, em conjunto, equivoquem-se em relação a tal regra ou que todos ignorem sua existência). Assim, a existência de pautas de criação normativa não depende, em um sentido importante, da mente. SUCAR, 2008, p. 337. O mesmo pode ser dito em relação à ocorrência dos fatos previstos pelas pautas de criação normativa enquanto fonte válida do direito (por exemplo, um ato legislativo): ainda que as condutas humanas dependam da mente (no sentido de que tais condutas requerem a existência de seres humanos e, em certos casos, de certo tipo de consciência), a afirmação acerca da (não) ocorrência das condutas resulta independente da corresponde crença de alguém a respeito, podendo existir erro concernente à crença acerca de sua (não) ocorrência, ou, quando menos, a respeito de pessoas diferentes daquelas que realizam as condutas em questão. Nesses moldes, é possível formular enunciados verdadeiros referentes a objetos ou fatos mentalmente dependentes; além disso, ainda que os objetos jurídicos não sejam independentes da criação e da mente humanas, isso não obsta que alguns agentes equivoquem-se a respeito da existência deste tipo de objetos, razão pela qual se pode atribuir valores de verdade aos enunciados jurídicos. Segundo a tese das fontes sociais, os objetos e fatos jurídicos são dependentes de práticas, convenções e conhecimentos humanos. Entretanto, a (não) ocorrência dos fatos jurídicos em um tempo e lugar determinados é independente da mente (e do conhecimento humano), na medida em que é possível, a seu respeito, o erro por parte de alguns agentes. São estes os pressupostos para a compreensão da afirmativa de Pontes de Miranda de que a incidência jurídica encontra-se no plano lógico (e sua concretização faz parte do “mundo do pensamento”). A incidência, assim, está diretamente associada à atribuição de valores de verdade aos enunciados jurídicos a respeito dos direitos e deveres dos cidadãos. Tais pressupostos vinculam-se com a concepção acerca da objetividade do direito (objetividade que, por seu turno, relaciona-se com a possibilidade de realização do ideal do Estado de Direito). Sobre o ponto, Eugenio Bulygin assinala que “el problema de la objetividad del derecho puede ser considerado como el problema de las condiciones de verdad de las proposiciones normativas”. BULYGIN, Eugenio. *El positivismo jurídico*. Mexico: Fontamara, 2006. p. 122.

²⁶³ REDONDO, Cristina. Sobre la justificación de la sentencia judicial. In: REDONDO, Cristina; SAUCA, José María; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Estado de Derecho y decisiones judiciales*. Madrid: Fundación Coloquio

la justificación de la *quaestio iuris* y de la *quaestio facti*” existente em virtude do “riesgo de error en la identificación del derecho”.²⁶⁴ Ou seja: assim como no âmbito da prova dos fatos diversas hipóteses podem contar com um similar grau de confirmação, também no âmbito da identificação do direito várias hipóteses interpretativas podem contar com um grau similar de plausibilidade. Significa dizer: diversas hipóteses podem contar com igual ou similar sustento racional e, nesse sentido, todas elas encontram-se igualmente justificadas. Sabe-se que em relação à *quaestio iuris* é possível oferecer mais de uma interpretação plausível das disposições jurídicas; em tais hipóteses, a partir de distintos argumentos plausíveis é possível justificar a adscrição de diferentes normas a um mesmo texto (ou formulação normativa). Conforme assinalado por Cristina Redondo, esses argumentos não garantem a verdade das conclusões; entretanto - do mesmo modo como as inferências probatório-indutivas que dão apoio às conclusões sobre a *quaestio facti* - pode dizer-se que tais argumentos tornam as conclusões juridicamente admissíveis.²⁶⁵ A partir disso, pode-se assentar a seguinte tese:

(TIDOE): Não há diferença ontológica nem epistemológica entre questão de fato e questão de direito - o que não infirma sua diferenciação para fins pragmáticos -; não fosse tal inexistência de diferença ontológica e epistemológica, não seria concebível a existência de “fatos jurídicos”.

A partir de tal tese é possível generalizar-se, para a questão de direito, aquilo que foi exposto a respeito dos estândares de prova.²⁶⁶ Nessa ordem de ideias, se o único objetivo de

Jurídico Europeo, 2009. p. 73. Jorge Malem Seña assinala que o conceito de erro judicial (que pode ser tanto de fato como de direito) apresenta duas acepções: (1) erro judicial em sentido amplo, caracterizado pela existência de uma ou várias respostas corretas para determinado problema jurídico, e o caso resolvido pelo juiz, no exercício do seu poder jurisdicional, não seja subsumível em alguma destas respostas corretas contidas no sistema jurídico; e (2) erro judicial em sentido estrito (erro indenizável), caracterizado pelo claro e manifesto equívoco cometido pelo juiz, no exercício da função jurisdicional, sendo tal equívoco veiculado em decisão que tenha adquirido “firmeza”, não seja devido à culpa do prejudicado e tenha causado danos efetivos, mensuráveis e individualizáveis, mostrando-se irrelevante a culpa ou dolo do juiz a respeito. MALEM, 2008, p. 109. De seu turno, a tipologia do erro (em sentido amplo) é assim delineada por Malem: (a) erros na justificação interna da decisão judicial; (b) erros no “encabeçamento” da decisão; (c) erros no fundamento de direito (erros na interpretação do direito e erros na aplicação do direito); (d) erros no fundamento de fato (admissão de provas indevidas e inadmissão de provas devidas); (e) erros na construção das hipóteses fáticas e na valoração das provas (à luz dos *standards* de prova); (f) erros na qualificação; (g) erros por incongruências (em relação às postulações); e (h) erros por ausência de motivação.

²⁶⁴ REDONDO, 2009, p. 73.

²⁶⁵ Ibidem, p. 74.

²⁶⁶ Com efeito: “if one is making claims about the meaning of a legal text, one must know what counts as evidence of the text’s meaning, how significant that evidence is, and when enough evidence has been gathered to warrant a legal truth claim about the text’s meaning. All three elements are indispensable. [...] The American legal system does not specify an appropriate standard of proof for every proposition of law that arises in adjudication, as it does for propositions of fact. The absence of such specification, however, does not mean that no standard of proof is operative; indeed, to the extent that statements of law are propositional in nature, some standard must always be operative, whether or not it is acknowledged by decisionmakers or scholars”. LAWSON, Gary. Proving the law. *Northwestern University Law Review*, v. 86, 1992. p. 877. Lawson cita, como

um sistema jurídico fosse a diminuição dos erros, no âmbito do processo judicial seria indiferente a adoção de quaisquer juízos de fato que, por hipótese, gozam de similar grau de confirmação: em tal situação, tem-se igual ou similar razão para aceitar quaisquer das hipóteses em questão. Por outro lado, mesmo quando se dispõe de “bons” argumentos a favor de diversas opções, isso não implica que todas essas opções sejam verdadeiras, à luz da circunstância de que, quanto à *quaestio facti*, assume-se a existência de uma única resposta correta ou verdadeira em relação ao conhecimento dos fatos; assim, dizer que hipóteses “rivais” sobre os fatos apresentam o mesmo grau de confirmação equivale a dizer que elas apresentam a mesma probabilidade de falsidade ou igual probabilidade de não “captar” a resposta correta. Em tal caso, o critério para eleger entre estas hipóteses “rivais” não pode ser um critério de racionalidade, no sentido de que não pode ser um critério fundado na circunstância de que as hipóteses estejam ou não suportadas por um “bom” argumento, justamente porque todas as opções superam este “teste”, uma vez que todas se encontram racionalmente justificadas. Conforme já exposto, os critérios que determinam a eleição vinculam-se às diversas finalidades subjacentes às normas processuais aplicáveis à prova dos fatos. A partir da assunção quanto à existência de resposta verdadeira (e de que todas as hipóteses fáticas racionalmente justificadas apresentam igual probabilidade de não “captar” tal resposta), as decisões de segunda ordem devem estar guiadas pelo objetivo de que os encarregados pelas decisões de primeira ordem possam alcançar a verdade mediante a aplicação das normas que regem tais decisões (de primeira ordem) no âmbito do processo judicial. As normas regentes das decisões de primeira ordem, assim, indicam como selecionar entre opções que contam com igual grau de justificação racional e, nesse sentido, distribuem de um determinado modo uma carga ou um ônus: trata-se, consoante anteriormente destacado, de normas que distribuem o risco de erro ao beneficiar um ou outro litigante (a partir de hipóteses com similar grau de confirmação). A distribuição do risco de erro funda-se em determinado compromisso com certos valores subjacentes, circunstância que, evidentemente, não desconectam as normas em questão com o valor de maximizar a aproximação à verdade

estândares para questões de direito, as *clear-statement rules*, como a *rule of lenity* (ambiguidades na norma penal resolvem-se a favor do acusado), a *availability of judicial review of federal administrative action* e a *doctrine of avoidance* (as normas devem ser interpretadas de molde a evitar questões ou “problemas” constitucionais - presunção de constitucionalidade). O autor aduz que comumente se aplica, para questões de direito, o *best-available alternative standard* (“a legal interpretation is correct if it is better than its available alternatives”: “the determination that one interpretation is ‘better’ than another is a function of principles of admissibility and significance; that is, admissibility and significance rules, applied to particular evidence sets, determine the relative rankings of competing interpretations. The further proposition that relative rankings themselves justify legal truth claims, however, cannot be derived from principles of admissibility and significance alone”). *Ibidem*, p. 891.

(por exemplo, o objetivo de diminuir os erros na maior medida possível corresponde à minimização do risco de dar por provadas hipóteses falsas).

Importa frisar, novamente, que os estândares de prova (indicativos de quais juízos de fato devem ser considerados provados) podem perseguir diversos objetivos (e não somente o de alcançar a verdade). Entretanto, é justamente por este motivo que ressaí o compromisso quanto ao reconhecimento de que a decisão sobre as normas que devem ser consideradas juridicamente válidas tem que perseguir, igualmente, um objetivo cognoscitivo. Isso porque os diversos valores políticos e/ou morais que, para além da obtenção da verdade, o sistema jurídico persegue (incluindo o direito aplicável à determinação da *quaestio facti*), frustrar-se-iam se, no momento de identificação do direito para sua aplicação no âmbito de um processo judicial, o objetivo não fosse primariamente o de conhecer quais são as normas a partir dos quais se supõe que tais valores encontram-se “incorporados”.²⁶⁷ Tal particularidade evidencia a incorreta compreensão de Taruffo a respeito do *iura novit curia*, conforme transcrição supra, assim como quanto à função social da processualística como controlabilidade racional em relação aos critérios de decisão judicial a partir de modelos dogmáticos, que incluem não apenas estândares de prova dos fatos, mas também estândares direcionados às questões de direito.

Nesses moldes, e paralelamente ao que foi exposto a respeito dos estândares de prova, um sistema jurídico que não contenha, em relação às questões de direito, determinados critérios indicativos acerca de como decidir entre opções interpretativas²⁶⁸ igualmente justificadas é um sistema “insensível” ao modo em que se distribui, entre os litigantes, o risco de erro quanto à identificação do direito aplicável, ou seja, é um sistema que se mostra indiferente em relação a qual interpretação resulta eleita pelo juiz, sempre que tal eleição seja realizada entre duas ou mais opções que contem com argumentos igualmente plausíveis a seu favor. Como os “bons” argumentos disponíveis ampliam a “gama” de respostas admissíveis, conclui-se que o sistema que não contenha os critérios indicativos acerca de como identificar o direito confere discricionariedade judicial no que tange à decisão a ser emitida em relação à norma aplicável. A respeito, assinala Cristina Redondo que:

²⁶⁷ REDONDO, 2009, p. 77.

²⁶⁸ Os argumentos interpretativos apresentam a seguinte forma básica: (a) dada uma formulação normativa (texto) com a característica C, ela deve ser interpretada do modo M; (b) a formulação normativa F apresenta a característica C; (c) portanto, a formulação normativa F deve ser interpretada do modo M. A premissa (a) constitui uma pauta interpretativa geral que indica o modo como deve ser interpretada toda formulação normativa que apresente certa característica; a premissa (b) especifica que determinada formulação normativa apresenta a característica referida; a conclusão (c) constitui uma pauta interpretativa específica que indica o modo como deve ser interpretada a formulação normativa em questão.

[...] si respecto de la identificación de sus normas un sistema no cuenta con reglas de decisión o criterios de cierre que permitan distinguir entre una respuesta correcta y una incorrecta, significa que tal sistema no cuenta con criterios últimos de validez. Es decir, no existe en él lo que se suele denominar ‘regla de reconocimiento’.²⁶⁹

Por outro lado, da assunção de que o direito consubstancia uma instituição “sensível” à distribuição do erro em sua identificação decorre o reconhecimento de que o direito - explícita ou implicitamente - contém critérios (de identificação) que permitem determinar quais são as normas válidas. Disso decorre, ademais, que as normas válidas não são, necessariamente, aquelas a favor dos quais se pode oferecer “bons” argumentos; as normas válidas são aquelas que satisfazem os pertinentes critérios de validade. Em outros termos: contar com “bons” argumentos a favor de uma interpretação não é um critério de validade, porquanto não permite, por si só, inferir que tal interpretação seja correta. Os “bons” argumentos funcionam como “instrumento” cuja função é justificar uma conclusão específica, qual seja, a de que as normas identificadas satisfazem os critérios de validade do sistema de referência.

Assim, afirmar que um sistema jurídico é “sensível” a como se distribui o erro em sua identificação implica assumir que o oferecimento de argumentos plausíveis a favor de uma interpretação jurídica não é suficiente para afirmar a validade da norma em questão. Por outro lado, afirmar que o oferecimento de argumentos plausíveis é suficiente - ou como sendo o único desiderato a que se deve buscar - para identificar as normas válidas implica assumir que o direito não contém critérios para decidir a respeito da seleção das normas aplicáveis, e que não é “sensível”, pois, a como se distribui o erro em sua identificação, afirmação contrária ao modelo cognoscitivo de processo judicial, modelo cuja concepção é no sentido de que tanto a decisão concernente à *quaestio facti* como aquela concernente à *quaestio iuris* devem estar baseadas na busca da verdade e que, como consequência, a justificação judicial (a respeito de ambas questões) deve seguir critérios de racionalidade epistêmica²⁷⁰ (em consonância com a determinabilidade das condições de verdade dos enunciados jurídico-aplicativos, cujo valor de verdade, à luz de sua estrutura complexa, depende do valor de verdade tanto de enunciados jurídico-puros como de enunciados fáticos, como visto). Com isso pretende-se destacar a

²⁶⁹ REDONDO, op. cit., p. 79.

²⁷⁰ REDONDO, 2009, p. 81. Assinala a autora que “reconocer el carácter epistémico de la actividad de identificación de las normas generales es una condición necesaria para poder sostener, también, el carácter epistémico del juicio de subsunción individual en el que un caso concreto se incluye en el ámbito de aplicación de una norma general”. REDONDO, loc. cit.

imprescindibilidade da “dimensão epistêmica do processo judicial”²⁷¹ para o conceito de tutela jurisdicional. Consoante anteriormente exposto, a relação entre verdade das premissas de inferências jurídicas (em sentido amplo, incluindo, além das inferências lógicas, as inferências probatórias e as inferências “estritamente” jurídicas)²⁷² e o imperativo de decidibilidade dos conflitos jurídicos define o caráter tecnológico da dogmática jurídica que, no tocante à processualística, especifica a autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional.

²⁷¹ Dimensão que, por óbvio, não é a única que caracteriza o complexo fenômeno institucional que é o processo judicial. Michele Taruffo inclui a prova dos fatos no âmbito da “dimensão epistêmica do processo”: “al estar orientada hacia la determinación de la verdad de los hechos, la decisión debe constituir el resultado de un procedimiento racional, que se desarrolla conforme a reglas y principios, esto es, conforme a un método que permita someterla a control y que determine su validez”. TARUFFO, 2010, p. 220. Embora indiscutível a correção da assertiva, Taruffo parece olvidar, novamente, que a decisão judicial não tem como constituir o resultado de um procedimento racional (submetida a controle) se em relação à *quaestio iuris* não houver a mesma exigência de submissão a critérios de racionalidade. Segundo o jurista, a tarefa do juiz “es ‘dar certeza’, es decir, resolver la duda acerca de la verdad o a la falsedad de las hipótesis sobre los hechos”; o juiz “elige entre alternativas originalmente inciertas, pero decide cuál de las alternativas se puede considerar ‘cierta’ porque su verdad o falsedad ha sido demostrada por las pruebas”. Ibidem, p. 221. Parece evidente que ao juiz incumbe, também, eleger entre alternativas jurídico-interpretativas, eliminando a “incerteza” a respeito a partir da conclusão fundada na verdade (correção) ou falsidade (incorreção) dos enunciados interpretativos à luz do suporte subministrado pelos argumentos jurídicos oferecidos no processo.

²⁷² A correlação entre erro judicial e inferências jurídicas decorre do fato de que “si una condición necesaria del conocimiento del derecho es la sistematización del material jurídico, entonces la tarea sistematizadora sería un deber técnico para aquellos que tienen que usar las normas jurídicas y, en especial, para los jueces que deben (en sentido normativo) resolver los casos mediante la aplicación de normas jurídicas”. NAVARRO, Pablo. Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho. *Doxa*, Alicante, n. 14, 1993. p. 249. A respeito, Daniel Mendonça e Ricardo Guibourg consignam que, para determinar quais são as consequências de um conjunto de normas, é necessário aplicar sobre este esquema certas regras de inferência, ou métodos que permitam inferir determinados enunciados de outros enunciados. Assim, as consequências de um mesmo conjunto de normas diferem em caso de alteração das regras de inferência aplicadas ao conjunto (ou esquema): uma norma, que é consequência da base normativa com certas regras de inferência, pode não ser (consequência) caso se suprima alguma de tais regras; uma norma que não seja consequência da base normativa com certas regras de inferência pode vir a ser caso se introduza alguma nova regra de inferência. MENDONÇA; GUIBOURG, 2004, p. 123. Deste modo, o conteúdo do sistema encontra-se determinado não somente pelas normas componentes da base normativa, mas também pelas regras de inferência selecionadas. Sem prejuízo das regras de inferência lógica, ao raciocínio jurídico aplicam-se outras inferências especificamente normativas, nem sempre precisas, tampouco fonte de soluções inequívocas (em geral se assume que os argumentos interpretativos funcionam, ainda que de modo imperfeito, como regras de inferência entre normas e, assim, como argumentos juridicamente plausíveis que servem à justificação das decisões sobre a identificação do direito, como, *verbi gratia*, o argumento *a contrario*). Nesse sentido, a relação de consequência lógico-inferencial corresponde a um dos critérios identificatórios da pertinência de normas ao sistema jurídico; assim, tal relação mostra-se imprescindível à sistematização, como labor dogmático, no sentido da determinação das consequências de um conjunto de normas (derivação de consequências como soluções normativas). Destarte, uma das funções da sistematização é o controle racional acerca dos critérios de decisão judicial, porquanto “la selección de las reglas de inferencia repercute sobre la identificación de la base del sistema tomado en cuenta para la resolución de un caso”. RODRÍGUEZ, 2002, p. 273. Esse contexto especifica a autoridade da razão dogmática: “[...] el control de las inferencias normativas (entendiendo por tales las inferencias lógicas en las cuales figuran una o más proposiciones normativas) es una actividad perfectamente racional, a la que no puede razonablemente negarse el carácter de científica. Incumbe a la ciencia del derecho verificar la validez de tales inferencias hechas por los jueces y demás órganos aplicadores y parece que una buena parte de los escritos doctrinarios (v.gr.: los comentarios críticos de los fallos judiciales) consiste justamente en esto: verificar y criticar la validez de las inferencias normativas. Cabe afirmar, pues, que la tarea de la ciencia jurídica no se agota con la descripción del derecho existente”. ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1991, p. 351.

O conceito de tutela jurisdicional - ou sua adequada reconstrução - pressupõe, portanto, a assunção de que “todo el proceso judicial - incluido el momento de identificación del Derecho - está conceptualmente comprometido con una pretensión cognoscitiva”: “los múltiples argumentos a los que se puede apelar para justificar el contenido asignado a las disposiciones jurídicas deben ser presentados como instrumentos de tipo epistémico que, si bien en modo condicional y con carácter meramente probable, nos permiten obtener conclusiones acerca de cuáles son las normas que tales disposiciones expresan”.²⁷³ Importa destacar que as características semânticas dos significados (que podem ser ambíguos, vagos ou valorativos, em maior ou menor grau) das formulações normativas consubstanciam um dos argumentos (e não o único) por meio dos quais se pode justificar a identificação das normas que tais formulações expressam. A decisão sobre a *quaestio iuris*, assim, tem como objeto, evidentemente, um conteúdo valorativo e normativo, mas se trata de um conteúdo valorativo e normativo, em princípio, preexistente (ou que se deve supor preexistente) e que o juiz deve tratar de, primariamente, conhecer, porquanto as valorações e as normas que se busca identificar são aquelas que estão no sistema, e não aquelas (valorações e normas) do próprio julgador. Ou seja: o fato de que a decisão, tanto sobre a *quastio facti* como sobre a *quaestio iuris*, tenha conteúdo necessariamente valorativo não infirma a pressuposição conceitual no que tange ao compromisso cognoscitivo subjacente à decisão. Nesses moldes, se o direito não contém critérios de identificação (ou de validade) que determinem quais dentre os diversos resultados racionalmente justificáveis devem ser considerados como juridicamente corretos, então qualquer decisão judicial sobre o direito é admissível, sempre que se encontre oportunamente argumentada (ou fundada nos “bons” argumentos oferecidos no processo). Decorre da existência dos critérios aludidos, portanto, a conclusão no sentido de que a exigência de motivar ou justificar as decisões judiciais não “consiste simplesmente em oferecer argumentos a favor de los contenidos de las mismas. Ofrecer argumentos es indispensable en la medida en que se supone que ellos nos permiten acceder, en la mayor medida posible, a la verdad (i.e., a los hechos tal como son, al derecho tal como es)”.²⁷⁴ Importa frisar, quanto ao tema, que a justificação válida em sentido lógico (como um componente da exigência de justificação racional) corresponde à “garantia” da preservação (ou manutenção) da verdade, ou seja, seu valor é dependente do valor de verdade dos conteúdos a partir dos quais se

²⁷³ REDONDO, 2009, p. 86.

²⁷⁴ Ibidem, p. 88. Redondo destaca que “los criterios para la identificación de las normas de un sistema jurídico normalmente dejan abierta la posibilidad de atribuir más de un sentido a las disposiciones jurídicas. La exigencia de que el contenido de la decisión sobre la *quaestio iuris* se corresponda al Derecho, o se ajuste a lo que el Derecho es, no implica suscribir la tesis de la única respuesta correcta”. Ibidem, p. 89.

argumenta no âmbito de processo judicial; por sua vez, as formas argumentativas não dedutivamente válidas não “garantem” a conservação, na conclusão, do valor de verdade das premissas, apenas o fazem em termos de probabilidade (não quantitativa). A partir disso, pode-se dizer que as formas argumentativas disponíveis para a justificação da *quastio iuris* (sejam ou não dedutivamente válidas) não consubstanciam modelos de “justiça procedimental pura”: as conclusões justificatórias não são corretas pelo mero fato de que sejam alcançadas seguindo tais formas argumentativas. Em todo caso, elas funcionam como modelos de “justiça imperfeita”, e pressupõem a existência de critérios de validade independentes, que determinam qual conclusão pode ser tida como correta ou incorreta. Caso se assuma que estes critérios não existem, então deve ser admitida a possibilidade de argumentação de múltiplas maneiras plausíveis, corroborando resultados (ou conclusões) contrastados ou divergentes, e admitindo que todos eles sejam igualmente válidos. Consoante asseverado, neste caso assume-se que o sistema é “insensível” ao modo em que se distribui o risco de erro na identificação do direito, erro cujo critério de correção é a verdade (ou a resposta mais plausível possível) acerca de qual é o direito válido ou aplicável. E, como visto, a “sensibilidade” do sistema quanto à distribuição do erro é a própria razão de ser do delineamento de estândares.

Em geral se reconhece que o conhecimento dos fatos no âmbito do processo judicial não se dá de forma direta: o juiz tem conhecimento dos fatos somente de forma indireta, por intermédio dos meios de prova. Em relação à identificação do direito, ao contrário, geralmente se supõe que o juiz pode (e deve) conhecer as normas jurídicas diretamente.²⁷⁵ A

²⁷⁵ Nesse sentido, aduz Jorge Malem, a respeito do *iura novit curia*, que “a diferencia de lo que sucede con el conocimiento de los hechos en el proceso, al que únicamente se puede llegar mediante los mecanismos procesales establecidos, respecto del derecho funciona la ciencia privada del juez, esto es, el juez puede acceder al conocimiento del texto jurídico dotado de autoridad por los medios que sea. MALEM, 2008, p. 211. El conocimiento de los textos por el juez, sin importar cómo ha llegado éste a él, debe ser, por eso mismo, independiente de su prueba, o de su mención, por las partes que incurren en el proceso”. Joan Picó i Junoy, por seu turno, assinala que o significado do *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* é destacar os limites cognoscitivos do juiz, vedando o uso de conhecimento privado (e exigindo a congruência da decisão). PICÓ I JUNOY, 2007, 24. Isso pressupõe a diferenciação entre o cargo e a pessoa do juiz, que só pode decidir em função dos fatos alegados e conhecidos em sua condição de juiz. No ponto, importa registrar que a suposição de que o juiz conhece as normas jurídicas “de forma direta” vai de encontro ao delineamento da concepção cooperativista do processo, segundo a qual o *iura novit curia* não significa exclusão da cooperação argumentativa dos litigantes quanto às normas jurídicas aplicáveis ao caso, tampouco corresponde à autorização, ao juiz, de desconhecimento ou desprezo dos argumentos das partes quanto às normas jurídicas aplicáveis (as “opções” ou “hipóteses interpretativas”). OLIVEIRA, 2009, p. 197. Isso porque tanto o juiz como as partes são “sujeitos da atividade epistêmica” (como uma das dimensões do processo) não apenas quanto à *quaestio facti*, mas também quanto à *quastio iuris* (ou seja, tanto em relação à valoração da prova quanto em relação à valoração do material jurídico). Em ambas as valorações - como valorações racionais -, portanto, a justificação judicial deve seguir critérios de racionalidade epistêmica, a partir do compromisso cognoscitivo de busca da verdade em relação aos fatos e em relação ao direito: “quanto à posição da norma jurídica o juiz há de se ater estritamente à realidade (da ordem jurídica): ‘não pode colocar uma norma que não exista, ainda que

partir de uma concepção cognoscitivista do processo judicial, como visto, tanto em relação à identificação do direito como em relação à prova dos fatos o juiz deve estar guiado por um objetivo epistêmico (cognoscitivo); assim, em ambos os casos não interessa sua “íntima convicção” (subjetiva) ou crença (no sentido de estado estritamente psicológico), mas sim que tal crença encontre-se sustentada por argumentos que tornam provável a obtenção do conhecimento que se busca. O ponto revela-se relevante porque em geral se admite a importância da justificação do juiz como base para controlar sua conclusão sobre os fatos cujos enunciados correspondentes o julgador reputa comprovados. Entretanto, a mesma assunção não se dá a respeito da conclusão do juiz sobre o direito identificado como válido (e/ou aplicável): assim, no tocante à prova dos fatos se aceita, em geral, uma concepção não-inquisitiva do processo e se considera fundamental - em termos de contraditório - que os litigantes tenham a oportunidade de apresentar suas versões fáticas e contrapor as versões oferecidas pela parte contrária. Quanto às normas jurídicas, assinala Cristina Redondo²⁷⁶ que:

[...] el Derecho se presume conocido por el juez quien, al resolver la *quaestio iuris*, no se concibe como emitiendo un *juicio* con relación al Derecho válido (juicio que podría ser más o menos acertado), sino como directamente invocando o expresando el Derecho válido. En contraste con lo que parece obvio respecto de los hechos: que ellos no entran directamente en el proceso, sino sólo a través de juicios que se refieren a ellos y que deberán ser objeto de prueba y de control, se supone que el Derecho está directamente presente en el proceso judicial por boca del juez. Se podría decir que toda la conciencia acerca del carácter indirecto y tentativo del conocimiento sobre los hechos falta con respecto al del Derecho.

Destarte, “esta concepción acerca de la posición del juez en el proceso, y en especial acerca de su conocimiento del Derecho, explica por qué no parecen tan importantes, con relación a la *quaestio iuris*, ya sea la existencia de un acto explícito de justificación como la de criterios que guíen la decisión”²⁷⁷ (critérios como estândares referidos às questões de direito:

afirmado pelas partes, nem pode omitir uma norma que exista, ainda que elas silenciem a respeito. Este aspecto de sua atividade reduz-se, portanto, a um problema de conhecimento da ordem jurídica”. Ibidem, p. 196. A importância do compromisso cognoscitivo para o conceito de tutela jurisdicional está no fato de que “a errônea interpretação do direito, ou mesmo sua ignorância, podem frustrar a outorga de uma tutela jurisdicional justa ou adequada”. Ibidem, p. 197 (o autor aduz, ademais, que a concepção cooperativista justifica-se a partir da existência do risco de ignorância do juiz quanto à norma aplicável ao caso ou do risco de o juiz não interpretar corretamente o direito). Isso mostra como o *iura novit curia* serve de premissa à defesa de que a adequada reconstrução dos planos da ordem jurídica (a partir do qual se assenta o conceito de tutela jurisdicional) pressupõe o compromisso conceitual de que o processo judicial tem como finalidade (dentre outros fins) a busca da verdade acerca do direito válido e/ou aplicável.

²⁷⁶ REDONDO, 2009, p. 95.

²⁷⁷ Ibidem, p. 96. Redondo destaca que “si asumimos una concepción epistémica del proceso judicial en su conjunto, no hay razón para pensar que un acto de justificación y la existencia de reglas que lo guíen sean apropiados en la resolución de la *quaestio facti* y no en la resolución de la *quaestio iuris*. Independientemente de la facilidad del caso, una adecuada motivación de la decisión sobre los hechos es imprescindible. Pero, entonces, una adecuada motivación de la decisión sobre el Derecho también lo es”. Ibidem, p. 96.

controle acerca da conclusão no sentido de que um determinado enunciado acerca do direito pode ser considerado como expressão de uma norma válida e/ou aplicável ²⁷⁸ - o que pressupõe o uso de determinadas regras de inferência -, à semelhança das questões de fato, cujos estândares indicam quando o enunciado respectivo pode ser considerado como um enunciado provado, o que também pressupõe o uso de regras de inferência probatória).²⁷⁹

Em última análise, a correlação entre inferência jurídica e erro na identificação do direito decorre da concepção de que “las condiciones de verdad y las condiciones de aseveración de las proposiciones normativas son claramente separables de las condiciones de racionalidad de las tomas de decisión de los tribunales”,²⁸⁰ concepção esta que serve de marco analítico à reconstrução sistemática da ordem jurídica a partir da dualidade de planos, porquanto “una teoría de la identificación del derecho no puede colapsar con una teoría de la justificación de las decisiones judiciales”.²⁸¹

²⁷⁸ O ponto pode ser ilustrado com a chamada presunção de constitucionalidade das leis, que impõe a quem alega a inconstitucionalidade (invalidade) de determinada lei o ônus de argumentar convincentemente de que existe uma incompatibilidade insuperável entre a norma como significado da formulação normativo-legal e a norma como significado da formulação normativo-constitucional. Assim, para demonstrar (ou “provar”) a inconstitucionalidade, quem a alega deverá mostrar que a interpretação tida como a mais adequada do texto legal resulta incompatível com a interpretação tida como a mais adequada do texto constitucional: qualquer dúvida a respeito acerca da interpretação mais adequada de um ou outro texto resolver-se-á a favor da conservação da lei (*in dubio pro legislatore*). O que se pretende destacar, com tal exemplo, é a avaliação da correção jurídica da conclusão a ser obtida em um caso de alegação de inconstitucionalidade de lei a partir da utilização de um estândar (no caso, o *beyond reasonable doubt*). Assim, os estândares servem à objetivação do juízo, no sentido de rechaço da equiparação entre “persuasão racional” com “íntima convicção subjetiva” (como estado psicológico) do juiz; quanto à *quaestio iuris*, pois, os estândares - como critérios de determinação de quando um determinado enunciado acerca do direito pode ser considerado como expressão de uma norma jurídica válida e/ou aplicável -, servem à controlabilidade racional das decisões judiciais e, portanto, do convencimento ou “persuasão” a respeito da *quaestio iuris*, cuja justificação deve estar sujeita à avaliação a partir da exteriorização de razões. Essa é a razão da correlação entre a existência de critérios de validade e a defesa quanto ao compromisso cognoscitivo do processo judicial também em relação à *quaestio iuris*. Registre-se, por oportuno, que a busca da verdade sobre o direito existente se coloca em termos de plausibilidade, em virtude das particularidades institucionais que caracterizam o processo como “ambiente de incerteza”, e inclusive porque nem sempre há resposta exurgente de norma jurídica preexistente à decisão judicial, assim como a busca da verdade dos enunciados fáticos resulta em termos de probabilidade indutiva. Do exposto também decorre a conclusão de que as presunções, na modalidade que admite “prova em contrário” (modalidade *iuris tantum*, como é a presunção de constitucionalidade, assim como a presunção de legalidade dos atos administrativos), não estão presentes somente no âmbito da prova dos fatos. A respeito, pode-se dizer que as presunções são normas que impõem o dever de aceitar uma proposição, sempre que outra proposição se encontre provada (exigem a prova da proposição-base e a ausência de prova a respeito da negação da proposição-presumida, consoante a forma “se está provado *p* e não está provado não-*p*, então é obrigatório presumir *q*”).

²⁷⁹ “Se as teorias da racionalidade têm algum objeto, esse objeto são as inferências epistemicamente responsáveis que se podem tirar de um conjunto de dados disponíveis. Quando falamos de responsabilidade, fazemos da racionalidade um tema de avaliação”. MOSER, Paul; MULDER, Dwayne; TROUT, J. D. *A teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 139. A noção de inferência racional (normativa ou descritiva) contém, segundo os autores, a idéia diretriz “de que existem regras cuja correta aplicação gera uma conclusão racionalmente aceitável”. *Ibidem*, p. 141.

²⁸⁰ NIINILUOTO, Ilkka. Sobre la verdad de las proposiciones normativas. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (Comp.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 230.

²⁸¹ RODRÍGUEZ, 2008, p. 13. A distinção especificada por Rodríguez é similar àquela, delineada por Christian Dahlman (anteriormente aludida), entre reconhecimento epistêmico e reconhecimento adjudicativo. O conceito

7 O PLANO DO DIREITO MATERIAL E O PLANO DO DIREITO PROCESSUAL

A reconstrução da relação horizontal entre o plano do direito material e o plano do direito processual requer a especificação a respeito da relação vertical entre a Constituição e a dimensão social das normas jurídicas: nesse sentido, a partir do plano constitucional intenta-se dar conta do direito como ordem normativo-hierárquica (unidade do direito “desde acima”), e a partir da dimensão social das normas jurídicas intenta-se dar conta do direito como ordem social (unidade do direito “desde abaixo”). Nesse contexto, a construção da unidade deve levar em consideração o caráter sistemático e institucional da ordem jurídica, o que exige a especificação das relações (horizontal e vertical) aludidas.²⁸²

7.1 DISTINÇÃO CONCEITUAL E RELAÇÃO ENTRE OS PLANOS DA ORDEM JURÍDICA

A assunção quanto à possibilidade de formulação de enunciados assertóricos a respeito da existência de direitos e deveres jurídicos implica, além do compromisso conceitual quanto à aptidão para a verdade de enunciados jurídicos, o rechaço do ceticismo radical a respeito da interpretação jurídica e, por conseguinte, o reconhecimento de que o direito encontra-se parcialmente indeterminado, ou seja, o direito oferece, em certos casos, uma resposta determinada; em outras hipóteses, ao contrário, somente se pode dizer que existem várias alternativas igualmente plausíveis, porém nenhuma delas encontra-se predeterminada pelo direito antes da decisão judicial. O que se pretende ressaltar é que somente a tese da indeterminação parcial mostra-se compatível com a adequada diferenciação entre direito material e direito processual: a tese da indeterminação radical redundaria na visão de que todo o direito resume-se às decisões judiciais (porquanto somente há espaço conceitual, nessa concepção, para o plano do direito processual); a tese da única resposta correta (segundo a qual o direito predetermina todas as soluções de forma prévia às decisões judiciais) torna nulo

de incidência jurídica insere-se no plano da identificação (epistêmica), distinto do plano da aplicação judicial de normas (adjudicação); assim, a distinção entre o “momento da incidência” do “momento da aplicação” pode ser vista em paralelo à distinção entre o direito material e o direito processual.

²⁸² Trata-se daquilo que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira denomina de “colocação do problema [o da reconstrução conceitual da tutela jurisdicional a partir da dualidade de planos] no Plano Constitucional”. OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 81.

o espaço conceitual do plano do direito processual, uma vez que todas as respostas jurídicas estão predeterminadas no âmbito do direito material. O rechaço dos dois extremos é o que possibilita a distinção entre a autoridade do juiz - como característica essencial ao direito na condição de sistema institucional (em cujo âmbito existe a possibilidade de imposição autoritativa e imperativa de decisões, notadamente a partir da definitividade das decisões judiciais) - e a autoridade da razão dogmática a partir do reconhecimento da falibilidade dos juízes (erro quanto à identificação das normas jurídicas válidas e/ou aplicáveis ou erro quanto aos fatos condicionantes da aplicação das normas).²⁸³ Nesses moldes, dentre as condições de verdade dos enunciados assertóricos de dever jurídico (ou de direito subjetivo) está o reconhecimento da distinção conceitual e da interdependência teleológica entre o plano do direito material e o plano do direito processual da ordem jurídica: o direito processual não teria razão de ser sem a existência do direito material; o direito material, por seu turno, a partir da proibição de autotutela, não funcionaria - sem a existência do direito processual - como conjunto de critérios legais de soluções dos conflitos sociais (cuja resolução dar-se-ia, assim, somente com base em relações de força).²⁸⁴

O exposto pode ser ilustrado a partir da distinção entre três questões no que tange à visualização do direito subjetivo como posição jurídica: (a) o que são os direitos subjetivos como posições jurídicas; (b) que razões existem em favor dos direitos (valores ou bens que se procuram proteger); e (c) como podem ser protegidos juridicamente os direitos.²⁸⁵ Conforme o exemplo mencionado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em relação ao direito à integridade física diferenciam-se os seguintes enunciados: (a) a integridade física do indivíduo é algo valioso; (b) A pode reclamar, em caso de violação (ou ameaça de violação), o seu

²⁸³ O reconhecimento da possibilidade de erro (seja do juiz, seja de qualquer cidadão) em relação àquilo que o direito requer em determinada situação implica o reconhecimento da possibilidade de formulação de enunciados assertóricos (verdadeiros ou falsos) a respeito do conteúdo do direito. Como a função social da dogmática jurídica relaciona-se com o delineamento e a estabilização de critérios de identificação de normas pertencentes ao sistema jurídico (normas válidas), tal função social vincula-se à determinação das condições de verdade dos enunciados jurídico-assertóricos. Frise-se, porém, que as tarefas da dogmática são complexas e, portanto, não se limitam à descrição do conteúdo do direito: “the tasks of legal science are complex, and many of its statements are not susceptible to truth of falsehood. Nevertheless, if we reject a radically skeptical conception of interpretation - one according to which the law is absolute indeterminate -, and accept that there is at least one sense of ‘validity’ according to which qualifying a norm as valid merely indicates that its belongs to a certain normative system, then we should admit the possibility of asserting at least some true normative propositions about the content of the law”. RODRÍGUEZ, Jorge. Norms, truth and legal statements. Conference on neutrality and Theory of Law Girona 2010, Girona, p. 20.

²⁸⁴ “La existencia de dos conjuntos de normas paralelos y relacionados, que pueden llamarse el sistema primario y el sistema secundario, dirigidos, respectivamente, a la población en general (o una subclase de ella) y a los tribunales, es un importante rasgo de nuestros ordenamientos jurídicos. Los dos sistemas están relacionados en el sentido de que el sistema secundario o sistema del juez presupone la existencia del sistema primario o sistema del súbdito y, por consiguiente, los dos sistemas pertenecen a niveles diferentes”, Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, ob. cit., p. 263.

²⁸⁵ OLIVEIRA, 2008, p. 13.

direito à integridade física, por meio de uma demanda; e (c) A tem direito à integridade física.

Assim:

[...] o enunciado (c) é um ‘enunciado sobre direitos’ que não se pode traduzir nem equivale aos enunciados (a) ou (b). Entre (a) e (c) existe uma relação de fundamentação: uma coisa é a razão de um direito; e outra, o direito que se aceita em virtude dessa razão. Entre (b) e (c), a relação é mais complexa porque (b), isto é, o enunciado sobre a tutela de um direito já implica um enunciado do tipo (c). O enunciado (b) expressa uma posição jurídica que consiste num poder ou competência para impor um direito.²⁸⁶

A competência ou o poder de impor autoritativamente o direito (aptidão da decisão para a definitividade - caráter final) só pode ser exercido pelo juiz de acordo as normas integrantes do plano processual, razão pela qual:

[...] do enunciado (b) não se pode extrair que a eficácia restauradora seja aquela assentada na lei material. Na verdade, (b) tem duas direções: uma aponta ao plano do direito material; outra, ao plano do direito processual, e ambas se conectam e interagem entre si. Mas a tutela jurisdicional efetiva gerará, por sua vez, eficácia e efeitos próprios destinados a substituir a eficácia e os efeitos prometidos pelo direito material e, num segundo momento, a restabelecê-los.²⁸⁷

A distinção entre enunciados sobre direitos e enunciados sobre a tutela de direitos vai ao encontro da relação de interdependência teleológica entre os planos da ordem jurídica à luz da análise da conjunção entre as condições de verdade dos enunciados de dever jurídico do cidadão (“os cidadãos C têm o dever jurídico de fazer *p*”) e as dos enunciados de dever jurídico do juiz (“os juízes X têm o dever jurídico de fazer *y*”), como conjunção relevante à determinação das condições de verdade dos enunciados jurídicos na forma “de acordo com a norma N do sistema jurídico S, os sujeitos da classe X estão obrigados - ou proibidos, ou a eles está permitido - realizar a conduta C nas circunstâncias Y”. Conforme assinalado, a determinação das condições de verdade de tais enunciados pressupõe a reconstrução sistemática do direito (como labor dogmático fundamental), pressupondo o conceito de aplicabilidade das normas jurídicas, como será adiante abordado.

A distinção conceitual - bem como a relação de interdependência teleológica, entre os planos da ordem jurídica - pode ser vista a partir da distinção entre prova e verdade: a circunstância de que o processo judicial encontre-se sujeito a restrições (regulações jurídicas) e limitações temporais - tendo em vista a necessidade de resolução de conflitos sociais a partir

²⁸⁶ OLIVEIRA, 2008, p. 13.

²⁸⁷ Ibidem, p. 14.

da aplicação de normas gerais a casos particulares -, e termine com a emissão de uma decisão revestida de autoridade final e definitiva, não significa que essa decisão seja infalível (ainda que proveniente de um tribunal supremo). Significa dizer: uma decisão baseada em um enunciado fático é válida, no sentido de que produz todos os seus efeitos jurídicos (a eficácia própria à tutela jurisdicional) e, no momento em que adquire definitividade, torna-se inalterável, porém mantém-se criticável como decisão errônea. Assim, “tiene perfecto sentido decir que la decisión de um tribunal (aún de última instancia) está equivocada, aunque tal crítica es externa al proceso judicial y no produce efectos jurídicos inmediatos”.²⁸⁸ Portanto, a verdade não depende do que o juiz decide mediante um ato revestido de autoridade, e o fato de que o julgador tenha cometido um erro (se, por hipótese, o enunciado “X causou danos a Y” é falso, mas o juiz condenou X com base nas provas produzidas no processo) não significa que X não esteja obrigado a cumprir com a determinação judicial, embora siga sendo verdade que X não causou danos a Y. Entretanto, se os juízes sempre fundarem suas decisões em enunciados falsos ou errôneos, a ordem jurídica (e sua dualidade entre planos) seria subvertida: a norma de direito material impõe o dever de reparação àqueles que causem danos a outrem, e tal norma serve de fundamento ao juízo conteúdo da tutela jurisdicional (condenatória) correspondente; ou seja, a norma material não impõe tal dever àqueles que os juízes afirmarem que causaram danos a outrem. A norma material, assim, pode ser violada ocasionalmente pelos juízes (como resultado de um erro ou inclusive intencionalmente) e seguir em vigor; mas se os juízes condenarem sistematicamente aqueles que não tenham causado danos a outrem, tal norma não mais poderá ser considerada como em vigor (ou existente na ordem jurídica): em tal hipótese considerar-se-ia que existe uma norma cujo conteúdo corresponde ao estabelecimento do dever de reparar para aqueles que os juízes afirmarem que devem reparar e, portanto, devem arcar com a imposição da condenação. Assim, enquanto existir a norma que impõe o dever de reparar àqueles que causem danos a outrem, o juiz não estará livre para se apartar de tal norma (devendo nela fundar o juízo de condenação correspondente, portanto), que “constituye una pauta del sentenciar correcto o incorrecto”: “es por eso que los tribunales no son infalibles, a pesar de que sus decisiones son

²⁸⁸ ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1991, p. 312. Segundo os autores, o fato de que decisões judiciais fundadas em enunciados falsos ou errôneos sejam válidas (e produzam seus efeitos jurídicos) - o que mostra a independência conceitual entre efeitos jurídico-materiais e efeitos jurídico-processuais ou jurisdicionais - representa “el precio que el derecho está dispuesto a pagar en aras de la seguridad y de la paz social, esto es, por poder resolver los conflictos sociales dentro de ciertos límites temporales”. Ibidem, p. 313.

o pueden ser finales”.²⁸⁹ Alchourrón e Bulygin destacam, a respeito, a possibilidade de discrepância entre aquilo que se encontra prescrito pelas normas do plano material e aquilo que os juízes efetivamente decidem: tal discrepância decorre não somente quando o juiz se equivoca (ao crer erroneamente que determinada solução é derivável do sistema) ou quando o juiz deliberadamente “deixa de lado” a solução subministrada pelas normas do direito material, mas também quando uma das partes não logra êxito na comprovação dos enunciados fáticos relativos ao direito alegado, ou perde a demanda por razões processuais.

Nesse contexto, a ausência de uma clara distinção entre o plano do direito material e o plano do direito processual é o que torna paradoxal o fato de que possa ser verdade que o sujeito A deva, por exemplo, pagar determinado tributo e, ainda que não tenha cumprido com esse dever, o juiz não deva condená-lo (ao pagamento), se à luz das provas não existirem elementos de juízo suficientes para a emissão do juízo de condenação; e viceversa, possa ser verdade que o juiz deva condenar A por este não ter realizado o pagamento do tributo, ainda que não seja verdade que A não tenha realizado tal pagamento (à luz dos elementos de juízo existentes). Significa dizer: que um enunciado tenha sido provado em juízo não significa que seja verdadeiro (especialmente em virtude das particularidades institucionais que caracterizam o processo judicial), ou seja, o juízo de condenação pode estar fundado no conjunto das provas, de molde a tornar a decisão judicial justificada pela norma processual, mas não justificada pela norma material porque o litigante condenado, por hipótese, não causou danos ao litigante favorecido pela condenação (em um caso de responsabilidade civil, por exemplo).²⁹⁰ O conteúdo do que deve ser provado em juízo está determinado pelo direito material, e não pelas normas processuais; assim, o fato de que a decisão judicial possa ser considerada legal (ou válida, à luz das normas processuais, com irradiação de efeitos jurisdicionais em virtude da autonomia do plano processual), e não se encontre justificada no direito material, é o que torna possível afirmar a existência de equívoco decisório (erro judicial), afirmação que não teria sentido se não existisse a distinção conceitual entre os

²⁸⁹ Ibidem, p. 313. O exposto no texto mostra a importância da distinção entre incidência jurídica e aplicação das normas jurídicas, além de mostrar a relevância da colocação da busca da verdade (que funciona como critério de correção) como objetivo do processo judicial.

²⁹⁰ Alchourrón e Bulygin mencionam, como outro exemplo ilustrativo, a hipótese de uma pessoa que realizou o pagamento de montante devido em virtude de uma obrigação que, de acordo com o plano do direito material, já não tem mais a obrigação (fulcro na extinção decorrente do pagamento), mas, demandada pelo ex-credor, não comprova o pagamento efetuado, e é condenada a pagar novamente. Ou, ainda, a hipótese de uma pessoa que, tendo efetivamente um direito a uma prestação de outrem, ao não apresentar a tempo a prova devida (por negligência do advogado, por exemplo), não logra êxito no reconhecimento do seu direito e, dessa forma, a demanda é julgada improcedente, demanda esta justificada de acordo com as normas componentes do direito material. ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2006, p. 214.

planos e, de conseguinte, a distinção conceitual entre efeitos jurídico-materiais e efeitos jurídico-processuais.²⁹¹

A distinção conceitual entre os efeitos materiais e efeitos processuais vincula-se à dissociação entre dois níveis das afirmações referentes à aplicação judicial do direito: o primeiro nível referente ao reconhecimento das normas de conduta aplicáveis ao caso judicial; o segundo nível referente ao reconhecimento das normas de adjudicação (ou processuais) aplicáveis. Ambos os níveis dizem respeito às normas componentes do sistema jurídico, e referem-se a dois momentos da utilização das normas: o da valoração da conduta e o da valoração da decisão sobre a conduta. Trata-se da distinção entre normas como critérios de decisão e os órgãos autorizados para tomar decisões aplicando tais normas.²⁹²

A respeito da relação de interdependência entre os planos da ordem jurídica, Jorge Rodríguez²⁹³ consigna que as reivindicações atinentes ao reconhecimento de direitos ficariam seriamente dificultadas (ou simplesmente impossibilitadas) caso fosse imprescindível, para aqueles que postulam o respaldo judicial de tais direitos, a demonstração de todas as condições, positivas e negativas, que conjuntamente devem restar satisfeitas para a derivação da solução normativa prevista no sistema jurídico. Assim, tomando como exemplo uma formulação normativa que estabelece “o comprador está obrigado a pagar o preço em virtude da coisa adquirida”, impende advertir que a obrigação do comprador de pagar o preço não surge em todos os casos, porquanto existem determinadas exceções resultantes do disposto em outras normas do sistema. Suponha-se que um vendedor postule que o juiz emita um comando judicial para que o comprador pague o preço: ao vendedor não recai o ônus de demonstrar ou comprovar que não concorre, no caso, todas as exceções que porventura possam infirmar a obrigação do comprador de pagar o preço. À luz do plano do direito processual, ao vendedor recai o ônus de demonstrar a existência do contrato (pode ser o caso de que o demandante deva, contingentemente, demonstrar a satisfação de determinadas

²⁹¹ Alchourrón e Bulygin assinalam que a ausência da clara distinção conceitual entre os planos da ordem jurídica “no sólo conducen a una distorsión de la función del derecho, sino también a una limitación muy inconveniente de la capacidad expresiva del lenguaje jurídico”. É precisamente o que ocorre em relação àquelas concepções que não fazem a distinção entre incidência jurídica e aplicação das normas jurídicas, essencial para tornar conceitualmente possível a diferenciação entre eficácia material e eficácia jurisdicional: assim, do fato de que as decisões judiciais mostrem-se discrepantes, em certas hipóteses, das prescrições componentes do plano do direito material não se pode inferir que este plano não exista. Alchourrón e Bulygin destacam, ainda, que o dever de fundamentar a decisão judicial constitui a “ponte” entre o “sistema do súdito” (plano do direito material) e o “sistema do juiz” (plano do direito processual). Tal dever de fundar no direito a decisão judicial corresponde à exigência de usar - para fins de fundamentação - as normas componentes do plano do direito material. ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1991, p. 264.

²⁹² Segundo Liborio Hierro, “precisamente en virtud de esta distinción es posible criticar las decisiones que aplican normas”. HIERRO, 2010, p. 161.

²⁹³ RODRÍGUEZ, 2002, p. 393.

condições negativas): a verificação de que concorre no caso alguma das exceções (ou condições excepcionantes) que infirmam a obrigação (quanto ao pagamento do preço) recai à parte adversa. Nesses moldes, se X comprova *p* e Y não comprova *q* ou *r* (ou outras exceções), o juiz deve reconhecer a obrigatoriedade de *s*; se Y comprova *q* ou *r* (ou outras exceções), o juiz deve reconhecer a não-obrigatoriedade de *s*.²⁹⁴ Nesses moldes, no processo judicial uma das partes formula determinados enunciados e a parte adversa ou não alega alguma exceção correspondente ou, caso o faça, a exceção alegada precisa encontrar justificação no disposto por outra norma que consagra uma solução normativa incompatível e que se reputa hierarquicamente superior, pois de outro modo rechaça-se a alegação. Consoante alude Rodríguez, com independência de que no caso em questão possam concorrer outras circunstâncias que poderiam ter sido alegadas pela parte demandada como exceções, é o plano do direito processual que possibilita ao juiz inferir uma solução conclusiva para o caso, já que a matéria de discussão resta limitada pelo *secundum allegata et probata*.²⁹⁵

A distinção conceitual e a relação teleológica entre os planos da ordem jurídica vincula-se com a diferenciação entre casos genéricos, casos individuais e casos judiciais: a relação entre a solução de um caso genérico (solução normativa genérica ou preceito, como consequência jurídica abstrata prevista na norma geral) e um caso individual (ou fato jurídico, como suporte fático concretizado) é interna ou conceitual; a relação entre a solução de um caso genérico e um caso judicial, por seu turno, é externa ou institucional. Em outros termos: a solução de um caso individual (ou seja: irradiação dos efeitos jurídicos a partir do fato jurídico) é independente da emissão de decisão judicial (incondicionalidade da incidência jurídica). Assim, um caso individual (fato jurídico) atinente, por exemplo, à responsabilidade contratual não compõe a classe dos casos genéricos (suportes fáticos) regulados pelas normas gerais de responsabilidade contratual em virtude de uma específica decisão de um juiz, mas sim pelo modo como se juridicizam determinados fatos no plano da realidade. Destarte, a verdade do enunciado “X realizou um contrato de compra-e-venda com Y” não depende de

²⁹⁴ O plano do direito processual, portanto, subministra critérios decisórios “residuais” a fim de possibilitar o cumprimento do imperativo de justificação das decisões judiciais nas normas gerais componentes do sistema jurídico, mesmo nos casos de (limitada) incerteza sobre os fatos do caso judicial (a partir de normas que impõem, ao juiz, o dever de supor a não-existência de determinadas exceções, cuja constatação obstaculizaria o reconhecimento do direito).

²⁹⁵ RODRÍGUEZ, 2002, p. 396. Em face do exposto, Rodríguez assinala que “las reglas que atribuyen de manera diferenciada la carga de la prueba y las presunciones de prueba permiten salvar las limitaciones en la información sobre los hechos del caso y ao mismo tiempo acotan el problema de las limitaciones en la información sobre las normas que componen el sistema”, tendo em vista, acrescente-se, que as normas componentes do plano processual apresentam tal funcionalidade ainda que não sejam conhecidas todas as exceções (“exceções implícitas”: aquelas não determinadas de modo antecipado), exceções cuja constatação obstaculizaria o reconhecimento judicial do direito reclamado.

emissão de uma específica decisão judicial, e sim da maneira como se sucederam certos fatos no mundo que, em virtude dessa ocorrência e da existência de normas gerais atinentes ao contrato de compra-e-venda, possibilita a formulação veritativa do enunciado em questão. Da mesma forma, que *X* tenha o dever de pagar o preço e *Y* o direito de recebê-lo (assim como este tem o dever de entregar a coisa àquele) não depende da decisão de um juiz determinado, e sim da norma geral que correlaciona o caso genérico (realização de contrato de compra-e-venda) com a solução normativa (irradiação de efeitos jurídicos: direitos, deveres, pretensões e obrigações - direito a receber a coisa e dever de pagar o preço) e do fato de que *X* realizou um contrato de compra-e-venda com *Y*. Diferentemente, a solução a um caso judicial (atinentes, por exemplo, à responsabilidade contratual) depende da emissão de uma decisão judicial, a partir da necessidade de aceitação de determinados enunciados fáticos como provados e da necessidade de reputar determinadas normas como aplicáveis ao caso, para fins de imposição dos efeitos jurídicos a que a tutela jurisdicional serve de veículo (efeitos jurisdicionais). Esse contexto remete à diferenciação, anteriormente exposta, entre enunciados jurídicos puros e enunciados jurídicos aplicados, revelando, outrossim, a distinção entre enunciados de direitos, enunciados de tutela material de direitos e enunciados de tutela jurisdicional de direitos.

Em relação à dualidade de plano da ordem jurídica, importa destacar, ainda, que a falta de informação que pode obstaculizar a formulação das condições de existência de um direito subjetivo pode afetar tanto os “usuários” do direito como àqueles que têm um interesse puramente teórico ou especulativo a respeito do conhecimento destas condições. Isso mostra a relevância em correlacionar a reconstrução sistemática do direito com a distinção entre dois níveis de análise do direito, quais sejam, o da identificação (ou “reconhecimento epistêmico”) e o da aplicação das normas jurídicas (ou “reconhecimento adjudicativo”). Conforme Germán Sucar, tanto os “usuários” quanto os que têm interesse somente teórico:

[...] deben identificar un conjunto de reglas primarias a fin de establecer cuáles son las condiciones para la existencia de un derecho y, en esta tarea, cualquiera de ellos está sujeto a la posibilidad de cometer errores en la reconstrucción que elabore por falta de información; sin perjuicio de que los usuarios realicen dicha tarea en vista de utilizar las normas resultantes de su reconstrucción en un eventual reclamo o pleito.²⁹⁶

A falta de informação é um problema epistêmico, no sentido de um problema referido à capacidade de conhecer as normas existentes, ou seja, do conhecimento que podemos

²⁹⁶ SUCAR, 2008, p. 325.

adquirir acerca das condições previstas no plano do direito material para a existência de um direito (mostrando-se possível, nesse sentido, o cometimento de erros na reconstrução sistemática), mas não se trata de um problema acerca da existência do direito: trata-se, assim, de um problema de “superabilidade” das crenças (ou “superabilidade” epistêmica) acerca de quais são as condições necessárias e suficientes que, para a existência de um direito, impõe o sistema jurídico.²⁹⁷ O que pode ser predicado como superável, portanto, é a reconstrução (ou o conhecimento) das soluções normativas albergadas no sistema jurídico, sendo que os possíveis erros reconstitutivos (ou de conhecimento acerca de tais soluções) reportam-se à falta de informação fundada em nossa limitada capacidade de conhecimento. Nesses moldes, “sujeta a las mismas dificultades cognoscitivas es la reconstrucción elaborada por un doctrinario del derecho como la de un abogado que pretende informar a su cliente respecto de su situación normativa tal como surge de las reglas vigentes, o la de un juez que antes de dictar sentencia se pregunta idéntica cuestión. Lo opuesto a dicha reconstrucción o enunciación de cuáles son las condiciones de aplicación que imponen las reglas es el utilizarlas para adscribir responsabilidad o un derecho u obligación, o para prescribir una cierta acción a una persona, por ejemplo. Pero incluso si se pretende que estas últimas sean fundadas en el derecho deben estar sustentadas en una reconstrucción adecuada del material normativo”.²⁹⁸

7.2 CONSTITUIÇÃO E DIMENSÃO SOCIAL DAS NORMAS JURÍDICAS

O caráter abstrato ou concreto (empírico) das normas jurídicas determina suas condições de existência; da compatibilização dessa consideração com a tese de que a existência do direito depende da existência de determinados fatos sociais complexos exsurge o que se pode chamar de “dimensão social das normas jurídicas” que, de seu turno, importa na compatibilização da intuição de que as normas jurídicas são entidades abstratas com a intuição de que se pode atribuir às normas determinada propriedade própria às entidades

²⁹⁷ A partir do exposto, Germán Sucar assinala que a “doctrina jurídica (que tiene un interes teórico) puede expresarse a través de formulaciones derrotables de las condiciones que establecen las reglas jurídicas para resolver un caso. Es decir, la doctrina puede hacer una reconstrucción a partir de ciertas reglas que más tarde, a la luz de la relación que quepa establecer entre éstas y otras que no habían sido inicialmente tenidas en cuenta pero que a la postre son reputadas relevantes, deba ser revisada”. SUCAR, 2008, p. 327.

²⁹⁸ Ibidem, p. 326.

concretas, qual seja, o caráter dinâmico - associado à característica institucional da ordem jurídica. Isso porque as entidades concretas caracterizam-se por existir em um espaço e um tempo determinado, e as entidades abstratas, por sua vez, existem independentemente de qualquer referência espaço-temporal. O delineamento da dimensão social das normas jurídicas - equivalente à relação entre normas e comportamento humano - pressupõe, portanto, determinada concepção das normas, ou acerca do tipo de entidades que elas representam ou constituem (determinante das suas condições de existência). A respeito, pode-se conceber as normas como:

- (a) significados normativos independentes dos signos linguísticos (formulações textuais) que as expressam;
- (b) formulações-tipo significativas (formulações textuais mais seu significado); ou
- (c) como formulações-caso significativas emitidas ou proferidas por um sujeito em determinada ocasião.

A compatibilização da face dinâmica do direito - em que as normas integrantes do sistema apresentam a propriedade da existência e da cessação da existência dentro de determinadas coordenadas espaço-temporais - com seu caráter sistemático (cuja compreensão depende da concepção das normas como significados, que são entidades abstratas) dá-se a partir de um “princípio de tolerância ontológica”,²⁹⁹ como uma proposta de categorização que se torna aceitável com base no preenchimento de três condições:

- (a) a proposta permite o enquadramento de categorias fundamentais e preserva distinções centrais (requisito de utilidade);
- (b) a proposta incorpora critérios apropriados para admitir e rechaçar “coisas” (requisito da relevância); e
- (c) a proposta impede, com elevado grau de segurança, que se “deixe de fora”, inadvertidamente, algo que não deva ser deixado, além de impedir a formulação de falsas dicotomias (requisito da exaustividade).

Conforme destaca Josep Vilajosana, a forma de construir essa categorização ontológica passa pelo estabelecimento dos modos pelos quais uma entidade depende ou não de estados intencionais e de entidades reais.³⁰⁰ Aliado a isso, a categorização exige a distinção entre dependência histórica (x é dependente historicamente de y se necessariamente, para um determinado tempo t em que x existe, y existe neste momento ou em algum momento anterior)

²⁹⁹ VILAJOSANA, 2010, p. 47.

³⁰⁰ Ibidem, p. 49. O autor explicita que uma entidade real pode ser entendida como sendo aquela que tem uma definida localização dentro de coordenadas espaço-temporais; por outro lado, algo pode ser entendido como um estado intencional quando tem uma capacidade intrínseca para representar algo mais além de si mesmo.

e dependência constante (x é constantemente dependente de b se necessariamente, para cada intervalo de tempo t - tn em que x existe, y existe em t - tn).³⁰¹ Outra diferenciação mostra-se imprescindível para os fins da categorização aludida: dependência em relação a um indivíduo concreto (“dependência individual”) e dependência relativa à existência de algum membro de uma classe determinada (“dependência genérica”). Assim, para determinar do que depende a existência de uma entidade importa estabelecer se ela depende (e o tipo de dependência de que se trata) da existência de entidades reais (localizadas no espaço e no tempo) ou não; importa, ainda, estabelecer se ela depende (e o tipo de dependência de que se trata) da existência de estados intencionais ou não. Nesse contexto, os casos que podem ocorrer, então, são os seguintes:

- (a) dependência constante e individual de entidades reais;
- (b) dependência genericamente constante e historicamente individual de entidades reais;
- (c) dependência meramente individual de entidades reais;
- (d) dependência genericamente constante, mas não individual, de entidades reais;
- (e) dependência meramente genérica de entidades reais;
- (f) independência de entidades reais;
- (g) dependência constante e individual de estados intencionais;
- (h) dependência genericamente constante e historicamente individual de estados intencionais;
- (i) dependência genericamente constante, mas não individual, de estados intencionais;
- (j) dependência genericamente histórica, mas não individual, de estados intencionais;
- (l) dependência meramente genérica de estados intencionais; e
- (m) independência de estados intencionais.

Tal categorização permite dar conta de determinadas entidades cuja existência depende de certa combinação de elementos físicos e intencionais, como é o caso dos fatos sociais complexos, a partir dos quais se predica a existência das normas jurídicas, como entidades supervenientes àqueles fatos. O par entidades reais/estados intencionais possibilita a compreensão a respeito de qual a extensão da intervenção humana na criação, manutenção e cessação da existência das normas jurídicas de determinada sociedade. A respeito, importa destacar que a existência continuada do direito exige não somente a dependência de estados intencionais coincidentes, mas também de práticas convergentes associadas a estes estados

³⁰¹ A dependência constante implica a dependência histórica, mas o inverso não se aplica.

intencionais (utilização efetiva de determinados critérios de identificação de normas): tais práticas são um conjunto de ações - associadas a estados intencionais -, e estas ações são eventos que modificam o estado de coisas do mundo real, e nesse sentido são classificáveis como entidades reais. Por sua vez, a incorporação da variável temporal, a partir das duas classes de dependência (histórica e constante) permite dar conta do direito enquanto fenômeno dinâmico. Por fim, a distinção entre dependência individual e genérica permite a compreensão das diferenças entre as “normas de criação deliberada” e as “normas de criação não deliberada”:³⁰² as primeiras correspondem àquelas normas cuja existência depende historicamente de estados reais (ações) e intencionais (certas práticas, que compreendem ações e estados intencionais, por parte de determinados indivíduos - legisladores, *lato sensu* -, dão lugar a este tipo de normas); as segundas correspondem àquelas cuja criação não reside em um ato deliberado de determinada autoridade (normas cuja existência não depende historicamente de uma entidade real: caracterizam-se pela propriedade da ausência de criação por um ato concreto e deliberado; tais normas não podem ser consideradas dentro das entidades individualmente dependentes, seja de entidades reais ou de estados intencionais). Dentro das normas de criação não deliberada incluem-se as normas assim consideradas em virtude de dedução lógica (“normas inferidas”) - critério de inferência lógica de pertinência ao sistema jurídico -, e as normas consuetudinárias (entidades cuja existência depende de maneira constante e genérica, mas não individual, de estados intencionais, além da dependência de determinados atos físicos, correspondentes aos comportamentos dos sujeitos relevantes).³⁰³

A categorização ontológica, assim, serve para dar conta da classificação dos modos em que o comportamento humano é determinante (ou não) para a existência do direito em geral, e das normas em particular (dimensão social das normas jurídicas: relação entre normas e fatos sociais os quais elas existencialmente se vinculam). A importância da combinação entre entidades reais e estados intencionais está no fato de que as práticas sociais em geral - e a

³⁰² VILAJOSANA, 2010, p. 55.

³⁰³ A caracterização de norma consuetudinária pode ser feita nos seguintes moldes: em uma situação recorrente S, subsiste um costume entre os membros de um grupo G se, e somente se, dado um certo tipo de ação A, tal que possa ser cumprida intencionalmente, cada um dos membros (ou um subgrupo relevante) de G: (1) realiza A em S; (2) porque considera que deve realizar A em S; e (3) conclui que deve realizar A em S porque considera que, para cada um dos membros de G, aplicam-se as condições (1), (2) e (3). A cláusula (3) especifica-se como (3’): cada um dos membros de G (ou um subgrupo relevante) conclui que tem o dever de realizar A porque: (a) considera que tem o dever de realizar aquilo que se realiza normalmente e que sempre tem se realizado no passado; e (b) considera que normalmente se realiza A e que no passado sempre tem se realizado A. A caracterização pode ser complementada com a noção de “conhecimento comum”, sob a seguinte forma: *p* é conhecimento comum entre os membros de um grupo G se, e somente se, cada um dos membros: (1) sabe que *p*; (2) sabe que cada um dos membros de G sabe que *p*; e (3) sabe que cada um dos membros de G sabe que cada um dos membros de G sabe que *p*, e assim sucessivamente.

prática de identificação do direito em particular - são um compêndio de ambas as categorias; outrossim, a incorporação das distinções entre dependências histórica e constante, por um lado, e genérica e individual, por outro, permite capturar, de modo adequado, o aspecto dinâmico-institucional da ordem jurídica. A partir desta categorização, portanto, compreende-se a existência de fatos sociais complexos como condição necessária e suficiente da superveniência do direito, ou seja, sem determinados comportamentos e atitudes dos membros da sociedade não existiria o direito, e tais condutas e atitudes são exaurientes no que diz respeito às condições de existência da ordem jurídica (não há, portanto, inclusão de requisitos de ordem moral). Dentro destes fatos sociais complexos - e, pois, no tocante à dimensão social das normas jurídicas -, encontra-se a subclasse dos fatos convencionais, dos quais depende a configuração da regra de reconhecimento, regra cuja caracterização, como condição convencional (com dimensão constitutiva) de existência do direito,³⁰⁴ corresponde ao uso efetivo de critérios de identificação das normas pertencentes ao sistema. Consoante anteriormente exposto, esse uso conforma a prática unitária de identificação do direito, em cujo âmbito as atitudes proposicionais (crenças mútuas e conhecimento comum) e as condutas dos juristas em geral, e dos praticantes da dogmática jurídica em especial (notadamente, quanto à atividade de sistematização), especificam, analiticamente, o enunciado “na sociedade S existe a regra de reconhecimento R”, enunciado cujas condições de verdade incluem a condição de que os juristas e participantes (da prática identificatória) tenham em conta os (mesmos) critérios de identificação usados pelos demais (juristas e participantes). É a partir de tais condições de verdade (do enunciado em questão) que se refina a compreensão da relação entre o plano do direito material e o plano do direito processual à luz da relação entre o plano constitucional e a dimensão social das normas jurídicas (como “ancoragem” social do sistema normativo), para fins de especificar a função social da processualística como construção da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos.

A essa luz, pode-se refinar a formulação simplificada da regra de reconhecimento do sistema jurídico (de determinada ordem estatal) do seguinte modo: “considera-se direito válido a última Constituição e todas as normas por ela recepcionadas ou criadas de acordo com os procedimentos que estabelece, até que cesse, pelos procedimentos previstos, a

³⁰⁴ A convencionalidade define-se do seguinte modo: uma regularidade R na conduta dos membros de um grupo G na situação recorrente S consubstancia uma convenção se, e somente se, em (quase) todos os casos de S: 1) existe em G o conhecimento geral de que: a) (quase) todos seguem R; b) (quase) todos esperam que (quase) todos os demais sigam R; c) (quase) todos preferem que cada um siga R a condição de que (quase) todos sigam R; d) (quase) todos preferem que todos sigam alguma regularidade a não seguir nenhuma (regularidade) em absoluto; e 2) (quase) todos os membros de G seguem R nas situações S precisamente porque restam satisfeitas as condições anteriores.

existência de tais normas” (esta regra concretiza-se em uma série de critérios ordenados hierarquicamente, à luz das fontes do direito reconhecidas no sistema). A formulação pode desdobrar-se assim: “são normas pertencentes (válidas) ao direito:

- (1) aquelas que figuram na Constituição;
- (2) aquelas estabelecidas de acordo com as normas que conferem poderes, contidas na Constituição, ou de acordo com as normas que conferem poderes (ou normas constitutivas), ditadas consoante as normas constitucionais que conferem poderes;
- (3) aquelas que são anteriores à Constituição e que não são com ela incompatíveis; e
- (4) aquelas que são deriváveis (como consequência lógica) das anteriores.”

A importância da regra de reconhecimento como critério de unidade/identidade (ou “critério último de validade jurídica”) corresponde à explicitação da pressuposição da atividade dos juristas dogmáticos atinente à obrigatoriedade das normas contidas na “fonte suprema” da ordem jurídica: trata-se da “força normativa” (ou “valor normativo”) da Constituição. Em outros termos: trata-se da explicitação a respeito do papel do labor dogmático em relação às condições que tornam verdadeira a afirmação de que a Constituição em vigor consubstancia a fonte suprema da ordem jurídica atual, sem que se incorra em raciocínio circular (que seria dizer: a Constituição tem força normativa vinculante porque assim afirma a própria Constituição ou porque assim afirma uma norma que, por seu turno, é obrigatória de acordo com a Constituição) ou em raciocínio vazio (que seria: a Constituição tem força normativa vinculante porque tem força normativa vinculante). Assim, a explanação da pressuposição do “valor normativo” da Constituição pela atividade dogmática vem acompanhada pela aceitação e uso, pela judicatura (ou pelos órgãos em geral que se ocupam da determinação autoritativa das situações normativas de acordo com, primordialmente, normas jurídicas gerais preexistentes) e pelo conjunto da comunidade jurídica, de um critério (compartilhado) - que não é prescrito por autoridade alguma do sistema - que identifica a Constituição como sendo a fonte suprema. Essa aceitação e uso compartilhado (do critério de identificação) é o que torna verdadeira a proposição “a Constituição em vigor é a fonte suprema da ordem jurídica”, como proposição acerca do sistema jurídico efetivamente existente. É dizer: a identificação da fonte suprema de determinada ordem jurídica depende de um critério definicional que existe enquanto compartilhado e usado. Para que esta proposição seja atualmente verdadeira concorre, portanto, o labor dogmático em geral e o labor dogmático-processual em especial, e tal particularidade pode ser reconhecida, portanto, como um importante aspecto da função social da dogmática jurídica, metalinguagem em relação à linguagem-objeto (o direito positivo). A respeito, importa frisar que “la regla de

reconocimiento sólo puede expresarse en un metalenguaje y no puede formar parte del lenguaje objeto, esto es, del derecho positivo”,³⁰⁵ o que mostra a imprescindibilidade de uma metalinguagem (dogmática), em relação à linguagem-objeto do direito positivo, para fins de “ancoragem” social da ordem jurídico-normativa fundada na Constituição como sua fonte suprema.

A construção da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade (horizontal) de planos (direito material e direito processual) reconduz-se, portanto, à configuração da regra de reconhecimento (a partir do qual se funda a relação vertical entre Constituição e a dimensão social das normas jurídicas). Tal configuração, conforme exposto, identifica-se com a prática de identificação do direito, que pressupõe a aceitação, por parte de juízes e tribunais, de determinados critérios (últimos) de validade jurídica (o que não significa dizer, evidentemente, que a judicatura seja a “autoridade que edita” a regra de reconhecimento). A respeito, importa rememorar as características definitórias do *status* de “juiz”: trata-se do titular do poder normativo - investido de autoridade jurídica - de resolver ou ditar resoluções vinculantes para os casos submetidos ao seu conhecimento (e julgamento); tal autoridade tem o dever jurídico de aplicar normas preexistentes quando da emissão de decisões, que resultam vinculantes para o próprio juiz. Segundo Atienza e Ruiz Manero:

[...] la suma de estos dos rasgos explica la atención crucial que hay que prestar a los tribunales a la hora de determinar cuál es el derecho existente en una comunidad (o, dicho de otra manera, cuál es la regla de reconocimiento que permite identificar al conjunto de las normas que integran esse derecho). Pues los tribunales son, en efecto, quienes están habilitados para adoptar determinaciones vinculantes acerca de la situación normativa de los individuos, de forma que si las instituciones creadoras de normas entraran en conflicto con las instituciones aplicadoras (con los tribunales) y éstas no reconocieran como vinculantes para ellas a las normas dictadas por aquéllas, las consideraciones que resultarían relevantes para los particulares serían las relativas a las normas que de hecho son reconocidas por los tribunales como vinculantes y no las que la (pretendida) autoridad creadora de normas dictara con la pretensión no reconocida de vinculatoriedad. Podríamos decir entonces que una (pretendida) autoridad creadora de normas, que una pretendida cámara legislativa o asamblea constituyente es tal si y sólo si es reconocida por los tribunales como tal.³⁰⁶

³⁰⁵ ATIENZA; MANERO, 2007, p. 171. A regra de reconhecimento não se identifica com alguma norma, ou normas, da ordem jurídica, a que se atribua maior importância do que as demais normas. Significa dizer: não se pode confundir a regra de reconhecimento (que fornece os critérios últimos de validade jurídica) com o conceito de norma materialmente mais importante (contida na Constituição), precisamente porque a própria identificação dessa norma como norma jurídica depende do prévio reconhecimento da Constituição como fonte suprema da ordem, reconhecimento este que se dá a partir do critério identificatório (fornecido pela regra de reconhecimento). Nesse sentido, a regra de reconhecimento é “externa” ao texto (ou documento) constitucional.

³⁰⁶ ATIENZA; MANERO, 2007, p. 175.

A partir disso, “afirmar que las pretensiones normativas de la Constitución han devenido realidad, que la Constitución es, em efecto, la fuente suprema del sistema significa fundamentalmente (si se entiende como una afirmación acerca del derecho existente) que los tribunales la han reconocido como tal”.³⁰⁷

Em relação aos legisladores (*lato sensu*, incluindo os órgãos administrativos produtores de normas), sua contribuição à configuração da regra de reconhecimento traduz-se na aceitação do marco normativo que lhes confere seus poderes de produção de normas, assim como os limites impostos em virtude desse marco, relativo ao exercício de tais poderes (com a imposição de, por exemplo, limites ao conteúdo possível da legislação). Em relação aos juristas dogmáticos, sua contribuição a respeito identifica-se com a capacidade de conformação da regra de reconhecimento objeto de aceitação pela judicatura (capacidade esta que, consoante exposto, relaciona-se à explicitação do “valor normativo” da Constituição como fonte suprema do sistema jurídico). Por parte daqueles que atuam na prática jurídica em geral e judicial em especial, sua contribuição à configuração da regra de reconhecimento tem lugar, fundamentalmente, sob a forma de expectativas de conduta: se eles não tivessem a expectativa de que juízes, legisladores e órgãos administrativos atuassem - pelo menos, até certo ponto - de acordo com a regra de reconhecimento (que fornece os critérios de identificação das normas jurídicas), sua própria prática enquanto participantes e operadores jurídicos careceria de sentido. No que concerne aos cidadãos (ou particulares), não seria a eles possível servir-se ou valer-se do direito como um mecanismo de previsão das consequências dos próprios comportamentos, caso eles não tivessem a expectativa de que os órgãos aplicadores e produtores de normas sigam uma mesma regra de reconhecimento; por isso, quando determinados particulares parecem apartar-se de tal regra, outros particulares - na medida em que não pretendam uma alteração quanto à regra de reconhecimento - reportam-se (de forma implícita) aos critérios de identificação e reconhecimento para avaliar criticamente as decisões de aplicação jurídica.

Nesse sentido, a regra de reconhecimento tem como “eixo central” a aceitação da Constituição como fonte suprema do sistema jurídico. Essa regra remete, portanto, diretamente à Constituição, e indiretamente às normas ditadas ou recepcionadas de acordo

³⁰⁷ ATIENZA; MANERO, loc. cit. Atienza e Ruiz Manero assinalam, ainda, que “este reconocimiento por parte de los tribunales de la Constitución como fuente suprema del sistema puede verse como el resultado de factores de diverso tipo, de entre los que parece fundamental la actitud generalizada de aceptación de las pretensiones de supremacía normativa de la Constitución entre los juristas, entre la clase política y entre la población en general. Esta actitud generalizada puede verse, a su vez, como resultante de la creencia en el valor de la Constitución para dotar al país de un marco de convivencia estable y respetuoso con ciertos derechos individuales a los que se atribuye un valor básico, etc.”. ATIENZA; MANERO, loc. cit.

com ela (ou que são inferencialmente dela deriváveis).³⁰⁸ Assim, a regra de reconhecimento proporciona um critério (ou critérios) de identificação de normas, a partir do qual se chega à fonte suprema como guia de conduta e como critério de valoração (da conduta) para os cidadãos (ou particulares) e para os órgãos de produção e de aplicação do direito. Enquanto critério de identificação, a regra de reconhecimento traça os limites da ordem jurídica:³⁰⁹ são normas componentes desta ordem aquelas contidas na Constituição e nas fontes por ela reconhecidas ou instituídas. A remissão à fonte suprema como guia de conduta e critério de valoração fornece a base de referência em que se funda a obrigatoriedade das normas (criteriologicamente) identificadas, normas estas que funcionam como critério de valoração (ou seja, de justificação e/ou de crítica) das condutas.

Nesses moldes, dentre as normas as quais a regra de reconhecimento remete, aquelas que têm como destinatários os cidadãos (ou particulares) em geral (conformadoras do plano do direito material) atuam, centralmente, como guia de conduta para seus destinatários; em relação aos órgãos de aplicação do direito estas mesmas normas funcionam como critério de valoração a partir do qual a conduta dos cidadãos deve ser avaliada. No ponto, importa ressaltar que as normas na condição de guia de conduta não se projetam exclusivamente sobre os cidadãos, assim como as normas na condição de critério de valoração não são utilizáveis unicamente pelos órgãos de aplicação. No que concerne aos particulares, estes também usam, como critério de valoração, as normas as quais a regra de reconhecimento remete, seja para fins de valoração das condutas de outros particulares, seja para fins de valoração das decisões jurídicas dos órgãos de aplicação (ou de produção) de normas. Quanto aos órgãos de aplicação, as normas que se dirigem aos juízes *qua* juízes funcionam, para estes, centralmente, como guia de sua conduta normativa; ao mesmo tempo, subministram o critério de valoração com que - formalmente - os tribunais superiores e - informalmente - o conjunto da comunidade jurídica avalia tal conduta normativa. Em relação a essa modalidade de normas (conformadoras do plano do direito processual), a diferença entre órgãos de aplicação e particulares corresponde à circunstância de que os primeiros, e não os segundos, são destinatários de tais normas, no sentido de que elas funcionam, para os juízes *qua* juízes, como guia de sua conduta, ordenando-lhes, precisamente, usar outras normas do sistema

³⁰⁸ Em termos de “autoridades”, pode-se afirmar que a regra de reconhecimento remete diretamente à autoridade do constituinte e indiretamente às autoridades reconhecidas ou instituídas por aquela (autoridade).

³⁰⁹ Atienza e Ruiz Manero assinalam que a regra de reconhecimento subministra o critério último de justificação jurídica; para além dela não existem outros critérios jurídicos: “y todo lo que exige el sistema jurídico es una justificación en términos del propio sistema: para el derecho, basta con seguir la regla de reconocimiento, sin que al derecho le importen las razones que cada cual pueda tener para ello”. ATIENZA; MANERO, 2007, p. 182.

jurídico (as normas do plano material) como critério de valoração para a resolução dos casos submetidos à apreciação e julgamento judicial.

Nessa ordem de ideias, a regra de reconhecimento compatibiliza a compreensão do direito como sistema com a compreensão do direito como prática social: na prática de justificação judicial, conforme consignam Atienza e Ruiz Manero:

[...] cabe usar materiales que son derecho válido pero no pertenecen al sistema (por ejemplo, un contrato) y materiales que no son derecho válido en relación con el sistema de referencia (por ejemplo, una norma de un derecho extranjero) o en relación con ningún sistema (por ejemplo, una generalización empírica) pero cuyo uso resulte obligatorio o permitido de acuerdo con la regla de reconocimiento del sistema. La regla de reconocimiento fija pues, también en relación con el derecho en cuanto práctica social, los límites de lo jurídico; hace posible la diferenciación entre el derecho respecto de otros sistemas o prácticas sociales; hace posible distinguir, por ejemplo, entre una argumentación jurídica y una argumentación moral o política.³¹⁰

Em última análise, o que foi exposto a respeito das condições de verdade do enunciado “a Constituição em vigor é a fonte suprema da ordem jurídica” (como proposição acerca do sistema jurídico efetivamente existente) pressupõe o conceito de “sistema originário”, anteriormente delineado: tal “sistema originário” corresponde ao conjunto das normas independentes (no sentido de que não derivam sua pertinência ao sistema em virtude da pertinência, ou validade, de outras normas) que constitui a base da ordem jurídica a partir do qual se forma o primeiro sistema de uma série temporal de sistemas jurídicos. Assim, o “sistema originário” de uma ordem jurídica determina o conjunto de sequências de sistemas jurídicos possíveis constitucionalmente adequados. As normas devem ser criadas ou eliminadas em conformidade com as normas do primeiro sistema ou com outras criadas de acordo com este primeiro sistema; além disso, não podem ser validamente criadas normas contrárias às normas da Constituição (as normas do “sistema originário” ou as normas da Constituição já reformada em algum dos sistemas sucessivos).³¹¹

³¹⁰ ATIENZA; MANERO, 2007., p. 188.

³¹¹ MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC, 1997. p. 168. Moreso perspectiva a primazia da Constituição à luz do conceito de “mundos constitucionalmente possíveis”, a partir da consideração de determinadas proposições jurídicas expressas por enunciados na forma (a) “constitucionalmente, *x* deve (não deve, pode) fazer *y*” (ou seja, dentre as consequências normativas da Constituição pertence uma norma que estabelece: “*x* deve/não deve fazer *y*”, a partir de um enunciado interpretativo na forma “o texto constitucional *t* significa que *w*”); a verdade de (a) determina a verdade de (b) “juridicamente, *x* deve (não deve, pode) fazer *y*”. Se (a) carecer de valor de verdade, impenderá determinar o conteúdo das normas inferiores à Constituição para averiguar o valor de verdade das proposições jurídicas. Conforme Moreso, “es en este sentido en el que puede entenderse la idea de que el derecho está jerarquizado. El contenido de las normas de cada sistema determina el contenido posible de las normas del sistema sucesivo. [...] A partir del sistema originario es posible generar varias secuencias constitucionalmente adecuadas de sistemas jurídicos. La Constitución no determina una secuencia lineal de sistemas jurídicos”. MORESA, loc cit. Assim,

Destarte, a análise a respeito das condições de verdade do enunciado “a Constituição em vigor é a fonte suprema da ordem jurídica” serve à “compreensão constitucional” da relação entre o plano do direito material e o plano do direito processual e, conseqüentemente, do conceito de tutela jurisdicional, a partir do qual se especifica a função social da processualística. Nesse sentido, a autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional funda-se na compatibilização entre a concepção do direito como sistema e a concepção do direito como prática social e institucional.

7.3 MODELO DE PRÁTICA JUDICIAL

A perquirição a respeito da estrutura e do conteúdo da prática jurídica em geral, e da prática judicial em especial, encontra uma adequada referência explanatória a partir do enquadramento da aplicação judicial do direito como espécie de atividade intencional coletiva. No particular, importa distinguir três níveis de análise em que o conceito de ações coletivas intencionais mostra-se relevante para a finalidade explanatória em relação ao direito como fenômeno social:³¹² (1) o nível mais geral faz referência ao direito como um todo, e revela-se através da indagação das características que fazem com que o direito corresponda a um sistema normativo institucionalizado (característica que o diferencia da moral, por exemplo). Esta característica é aquela que, fundamentalmente, permite que o sistema jurídico estabeleça as condições para que a criação e a aplicação de normas ocorram de acordo com o próprio sistema. Nesse nível, o direito - como fenômeno social institucionalizado - em termos de ações coletivas engloba as ações relevantes dos particulares (obediência às normas primárias, na terminologia hartiana) e as ações das autoridades normativas (incluindo os

“mundos constitucionalmente possíveis” são aqueles mundos que podem ser gerados a partir da Constituição como “sistema originário”. A Constituição (na condição de “sistema originário” da ordem jurídica) determina um conjunto de sequências de sistemas jurídicos, de molde a dividir os sistemas jurídicos em dois conjuntos: sistemas jurídicos constitucionalmente possíveis e sistemas jurídicos constitucionalmente impossíveis (ou excluídos). A partir disso, articula-se “una imagen del derecho según la cual la Constitución ocupa un lugar de preeminencia para determinar el valor de verdad de las proposiciones jurídicas. En particular, aunque exista una disposición de alguna autoridad infraconstitucional que establezca que determinadas personas tienen determinados deberes o derechos, es posible que la norma expresada por dicha disposición no pertenezca a ningún sistema jurídico de ese orden jurídico, por ejemplo, dicha norma ha sido dictada por una autoridad incompetente. Em este sentido, aquellas normas promulgadas de las que no se puede establecer su relación genética con otras normas no pertenecen a ningún sistema del orden jurídico en cuestión. Más aún, las Constituciones delimitan un perímetro de supuestos en que las autoridades infraconstitucionales son siempre incompetentes, se trata de los supuestos regulados de manera inconsistente com la Constitución”. Ibidem, p. 183.

³¹² VILAJOSANA, 2010, p. 132.

aplicadores, em sua atuação regulada pelas normas secundárias); (2) o nível intermediário foca, exclusivamente, sobre as ações conformadoras da aplicação judicial do direito; o conceito de ações coletivas intencionais direciona-se à prática de adjudicação de normas; e (3) o nível mais específico (ou concreto) consiste no exame das práticas sociais (em termos de ações coletivas) que dão lugar ao surgimento e à manutenção, especificamente, da regra de reconhecimento. A razão que justifica a distinção dos três níveis de análise corresponde à razão para distinguir entre a tarefa de identificação do direito (caracterizada por uma prática com um componente constitutivo) e o conjunto das ações que realizam os juízes em sua mais ampla tarefa de aplicação de normas jurídicas (que pressupõe a existência de uma regra de reconhecimento). A cláusula convencional de existência do sistema jurídico, anteriormente delineada, diz respeito ao nível (3), como uma prática inserida (mas não assimilável) na prática mais geral de aplicação jurídica, correspondente ao nível (2). Esta prática (mais geral) não esgota seu conteúdo nas tarefas de identificação das normas componentes do sistema jurídico, uma vez que inclui outras questões relevantes no processo tendente a resolver casos concretos mediante o uso justificado de normas juridicamente válidas e/ou aplicáveis, como, por exemplo, todos os atos conducentes à atribuição de um significado determinado às formulações normativas.³¹³ Essa clarificação mostra-se especialmente importante em relação às funções da dogmática jurídica, bem como em relação às condições de verdade dos enunciados jurídicos, tópicos a serem abordados adiante.

A aproximação entre prática judicial e ações coletivas intencionais pressupõe o delineamento das características das instituições (mais precisamente, de determinado tipo de instituições), a saber:

- (i) existe um grupo que atua intencionalmente por um significativo período de tempo somente se os seus membros (um número relevante deles) seguem (e estão dispostos a seguir, portanto) determinadas normas durante um significativo período de tempo;
- (ii) os membros (um número relevante deles) do grupo pensam (ou crêem) que a atividade mostra-se valiosa em relação, primariamente, a eles próprios (membros); ou em relação, primariamente, aos não-membros; mas, em ambos os casos (valiosa aos membros ou valiosa aos não-membros) a atividade realizada é considerada pelos membros (um número relevante deles) como sendo valiosa em relação à comunidade

³¹³ Josep Vilajosana aduz que “la utilización compartida de criterios para determinar cuáles son las fuentes del derecho de un determinado sistema jurídico es sólo una parte de los actos que conforman el proceso de aplicación del derecho”. VILAJOSANA, 2010, p. 135.

(ou sociedade) como um todo (ou em relação a determinados aspectos da comunidade ou da sociedade); e

(iii) os membros (um número relevante deles) do grupo, na forma descrita (o grupo caracterizado pelos itens (i) e (ii)), pensam (ou crêem) que eles têm um dever *qua* membros de tal grupo (ou pensam, ou crêem, que têm um dever *qua* membros da instituição em questão).

Assim, se há uma instância da prática judicial, há um grupo que atua intencionalmente durante um significativo período de tempo: o grupo valora a conduta dos membros da comunidade por meio da aplicação de determinadas normas. Não sendo deste modo, não há instância da prática judicial.³¹⁴ O grupo atua da maneira indicada somente se os respectivos membros (um número relevante deles) - *in casu*, as autoridades encarregadas da aplicação de normas - seguem (e estão dispostos a seguir) determinadas normas (que regulam suas condutas) durante um significativo período de tempo. Se as autoridades aplicadoras cessam suas condutas de seguimento das normas relevantes, a prática judicial deixa de ser reconhecível como tal; assim como deixa de ser reconhecível se os membros simplesmente seguem as normas relevantes cada vez em que surja uma ocasião para tanto, sem que haja a correspondente disposição para a conduta de seguimento das normas relevantes. A atividade deste grupo é considerada pelos membros (um número relevante deles) como valiosa em relação, primariamente, para os não-membros (pessoas que não são autoridades aplicadoras) e, de forma mais geral, em relação à comunidade como um todo. Essa particularidade torna a instituição (judiciária) formada pelo conjunto dos aplicadores de normas uma instituição cuja valiosidade resultante de sua atividade não diz respeito, primariamente, aos próprios membros (da instituição). Ademais, os membros aplicadores (um número relevante deles) crêem que

³¹⁴ Raimo Tuomela faz referência à “tese da aceitação coletiva”: “proposition S is collectively social (or group-social) and express a collectively social or institutional state of affairs in a primary sense in a group G if and only if (a) the members of group G collectively accept S for the group, and (b) necessarily, they collectively accept S for G if and only if S is correctly assertable for the members of G functioning as group members”. TUOMELA, Raimo. *The philosophy of sociality: the shared point of view*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 187. À base disso, Tuomela formula a seguinte análise das instituições sociais: “(SI) a proposition S express a social institution for a normatively structured group G if and only if, (1a) the operative members of G, say, A1,...,Am, when performing their (we-mode) tasks in their respective positions and due to their exercising the relevant authority system (decision-making system) of G, collectively accept S, and because of this exercise of the authority system they ought to continue to accept it, at least until (new) reasons not to accept it emerge; (1b) collective acceptance for the group entails and is entailed by (the correct assertability of) S; (2) there is a mutual belief among the operative members A1,...,Am to the effect that (1a); (3) S express or entails the existence of a G-based social practice (or a system of interconnected social practices) and a system of interconnected norms (including one or more constitutive norms) in force for G, such that the social practice generally is performed at least in part because of these norms; (4) because of (1), the (full-fledged and adequately informed) nonoperative members of G tend to tacitly accept - or at least ought to accept - obeying the normative content of S, as members of G; (5) there is generally a mutual belief in G to the effect that (4)”. Ibidem, p. 199.

têm um dever, *qua* membros de um grupo institucionalmente caracterizado, de aplicar as normas relevantes. Se os membros não se “autoconcebem” como submetidos a este dever, a instituição (e a prática judicial a partir dela caracterizada) deixa de ser reconhecível como tal.³¹⁵ Por outro lado, a instituição judiciária não deixa de se caracterizar como tal caso determinados membros deixem de considerar a respectiva atividade como valiosa (no sentido descrito), uma vez que a realização, por tais membros, de uma atividade assim considerada (como não valiosa nos termos aludidos: valiosa em relação aos não-membros e/ou à comunidade em geral), não é suficiente para fazer cessar o dever a que estão submetidos *qua* autoridades aplicadoras (*qua* membros da instituição judiciária). Este modelo de prática judicial fornece as características (as “cláusulas” do modelo) cuja conjunção serve à compreensão da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos (com base na especificação da interdependência - distinção conceitual e relação teleológica - entre o plano do direito material e o plano do direito processual à luz da relação entre o plano constitucional e a dimensão social das normas jurídicas). Outrossim, o modelo especifica a “experiência de unidade” (capítulo 1, 1.3), no sentido de que a prática judicial conforma uma experiência (jurídico-processual) caracterizada pela unidade normativa correspondente à unidade do dever a que os membros - *qua* autoridades aplicadoras - da instituição estão submetidos no desempenho de sua atividade ou tarefa, dever este associado à valiosidade do estado de coisas resultante das atitudes e dos atos integrantes da atividade aludida; tal dever exige que as autoridades aplicadoras valorem/avaliem as condutas das pessoas, componentes da comunidade em geral, de acordo com normas que satisfaçam os mesmos critérios, a partir do qual (unificação dos critérios) exsurge a unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos.

Rodrigo Sánchez Brigido sintetiza o conteúdo daquilo que compõe o modo como os membros do grupo autoconcebem a sua situação individual no âmbito da instituição em questão, nos seguintes moldes:³¹⁶ “além de mim, há diversas pessoas; há um estado de coisas cuja realização concretiza-se por mim e pelos demais a partir de determinadas atitudes e atos, consubstanciados na disposição a seguir, e no seguimento, de certas normas por um significativo período de tempo (as normas pelas quais os membros do grupo - um número relevante deles - firmaram compromisso em seguir); eu pretendo seguir as normas relevantes (e, portanto, cumprir minha parte no compromisso comum fundado em tais normas), e as sigo,

³¹⁵ BRIGIDO, Rodrigo Sánchez. *Groups, rules and legal practice*. Dordrecht: Springer, 2010. [versão gentilmente cedida pelo autor].

³¹⁶ BRIGIDO, 2010, s/p.

sendo que tal particularidade não é ‘secreta’ (há um ‘acesso público’ a essa intencionalidade); esta consideração (a intenção de seguir as normas relevantes) aplica-se aos demais; eu e os demais concretizamos o estado de coisas, cuja criação (e manutenção) é valiosa em relação às demais pessoas (distintas dos membros do grupo que formam a instituição), e é valiosa, em determinados aspectos, para a vida da comunidade como um todo; nós, portanto, formamos um grupo, e eu sou um membro deste grupo; isso significa, em particular, que eu satisfaço uma propriedade especial: eu firmei compromisso no sentido de realizar determinadas ações que são parcialmente constitutivas (juntamente com outras atitudes determinadas) do estado de coisas em questão; a partir disso, há uma consideração normativa de acordo com a qual o compromisso em questão deve ser mantido e, nesses moldes, eu devo realizar determinadas ações (seguir as normas relevantes); tal consideração normativa aplica-se aos demais (unidade normativa).”

A partir disso, há uma instância da prática judicial (prática de aplicação de normas pelas autoridades investidas de poder jurisdicional) se, e somente se, há um conjunto de indivíduos (definidos de modo extensional ou intensional) a partir do qual se dá o preenchimento das seguintes condições, individualmente necessárias e conjuntamente suficientes (as “cláusulas” do modelo):

(a) cada indivíduo concebe um determinado estado de coisas cuja realização depende de certas atitudes e ações, implementáveis pelo conjunto dos indivíduos em questão: o seguimento, e a disposição ao seguimento, de determinadas normas durante um significativo período de tempo, normas a partir dos quais decorre o requerimento (aos indivíduos em questão) de que as condutas das pessoas, componentes da comunidade em geral, sejam valoradas/avaliadas de acordo com normas que satisfaçam certos critérios, critérios estes que tornam as normas internamente relacionadas (formando um sistema “aberto”, “compreensivo” e “supremo”); as ações relevantes são aquelas que, juntamente com outros fatos (notadamente, o fato de que existe um compromisso quanto ao seguimento de determinadas normas), consubstanciam o antecedente de uma consideração normativa “independente-de-conteúdo”, consideração esta aplicável ao conjunto dos indivíduos;³¹⁷

³¹⁷ Os indivíduos seguem (e estão dispostos a seguir) as normas relevantes somente se os demais também o fazem (e também estão dispostos a fazê-lo: trata-se da característica da convencionalidade); se tais indivíduos seguem as normas relevantes com completa desconsideração a respeito do que os demais fazem em relação ao seguimento das normas relevantes, os indivíduos não se autoconcebem como membros de um grupo (membros que formam uma instituição). Consoante o modelo de prática judicial exposto, portanto, as autoridades aplicadoras se autoconcebem como membros de um grupo. Assim, se há uma instância da prática judicial - como prática de aplicação de normas -, há um complexo estado de coisas cuja obtenção somente se torna possível pelas

- (b) para os indivíduos em questão há uma sobreposição - no sentido de que as concepções coincidem ao menos parcialmente - entre suas concepções a respeito do aludido estado de coisas;
- (c) os indivíduos pretendem realizar as ações relevantes, e concebem tais ações como (ao menos parcialmente) constitutivas do estado de coisas; suas intenções a respeito são publicamente acessíveis;
- (d) os indivíduos “executam” suas intenções durante um significativo período de tempo e, como resultado disso, o estado de coisas mencionado na cláusula (b) é obtido;
- (e) os indivíduos (um número relevante deles) crêem que as condições prévias delineadas são obtidas, e que o estado de coisas a ser atingido mostra-se valioso em relação, primariamente, às demais pessoas (distintas dos membros do grupo que formam a instituição), e é valioso, em determinados aspectos, para a vida da comunidade como um todo; e
- (f) os indivíduos (um número relevante deles) crêem que a consideração normativa “independente-de-conteúdo” mencionada na cláusula (a) é aplicável ao conjunto dos indivíduos em questão.

Nesse contexto, o modelo pode ser visualizado como um “teste” para estabilizar quando um indivíduo caracteriza-se como membro do grupo formador da instituição judiciária *lato sensu* - como uma autoridade investida do poder jurisdicional, portanto - no âmbito de uma prática caracterizada por ações coletivas intencionais. Destarte, um indivíduo é uma autoridade aplicadora se, e somente se, há um conjunto de indivíduos (definidos de modo extensional ou intensional) a partir do qual o indivíduo em questão:

- (i) concebe um estado de coisas cuja realização depende de certas atitudes e ações, implementáveis por ele e pelos demais membros do conjunto: o seguimento, e a disposição ao seguimento, de determinadas normas durante um significativo período de tempo, normas a partir dos quais decorre o requerimento (aos indivíduos em questão) de que as condutas das pessoas, componentes da comunidade em geral, sejam valoradas/avaliadas de acordo com normas que satisfaçam certos critérios, critérios estes que tornam as normas internamente relacionadas (formando um sistema “aberto”, “compreensivo” e “supremo”); as ações relevantes são aquelas que, juntamente com outros fatos (notadamente, o fato de que existe um compromisso

atitudes e atos de diversos indivíduos, que concebem tais atitudes e atos (os seus e os dos demais) como constitutivos deste complexo estado de coisas.

quanto ao seguimento de determinadas normas), consubstanciam o antecedente de uma consideração normativa “independente-de-conteúdo”, consideração esta aplicável ao conjunto dos indivíduos;

(ii) suas ações (e atitudes) são vistas pelos demais, bem como as ações (e atitudes) destes vistas por ele (indivíduo em questão), como relacionadas ao estado de coisas;

(iii) sua concepção a respeito do estado de coisas coincide parcialmente com as concepções dos demais indivíduos;

(iv) ele pretende, publicamente, realizar as ações relevantes, assim como os demais indivíduos;

(v) ele “executa” suas intenções, assim como os demais, e o estado de coisas configurado pelas concepções a respeito (parcialmente coincidentes) é obtido;

(vi) ele ou (vi.a) crê que as condições precedentes são preenchidas, e o estado de coisas a ser atingido mostra-se valioso ou (vi.b) não crê em tal valiosidade;

(vii) ele ou (vii.c) crê que a consideração normativa mencionada em (i) é aplicável (a ele) ou (vii.d) não crê em tal aplicabilidade; mas

(viii) um número relevante dos indivíduos do conjunto que satisfaz as condições (i)-(v) deve também satisfazer as condições (vi)(vi.a) e (vii)(vii.c).

Em suma, o conteúdo da prática judicial (como prática atinente aos membros componentes da instituição judiciária *lato sensu*, membros formadores de um grupo com características específicas), decorrente das condições delineadas, pode ser sintetizado do seguinte modo: existe um grupo que valora/avalia as condutas das pessoas, integrantes da comunidade em geral, por meio da aplicação de normas que satisfazem determinados critérios, critérios a partir dos quais se dá a relação entre tais normas (relação esta que, por sua vez, conforma o sistema jurídico). A estrutura da prática em questão (as atitudes reveladas pelos participantes de tal prática), de seu turno, sintetiza-se do seguinte modo: o conjunto dos indivíduos concebe a atividade praticada como constituída por um conjunto complexo de atitudes e ações (ações coletivas intencionais), em cujo âmbito exsurge uma consideração normativa impositiva da realização, pelos indivíduos em questão, das ações relevantes associadas a determinado estado de coisas, cuja valiosidade serve de referência à consideração normativa, embora o correspondente dever dos membros subsista ainda que um número relevante deles não tenha uma atitude, ou estado mental, cujo conteúdo mostre-se diretamente relacionado com a valiosidade aludida, circunstância esta que justifica a inclusão, nas cláusulas (a) e (f) do modelo, da crença quanto à aplicabilidade, ao conjunto dos indivíduos, de uma consideração normativa “independente-de-conteúdo”.

A análise de Raimo Tuomela é em sentido semelhante: segundo o autor, a relação entre membros do grupo (instituição social), aceitação de normas e estados de coisas (institucionais) tidos como valiosos pode ser assim descrita:³¹⁸

- (1) G aceita (por meio de grande parte dos seus membros, ou por meio da aceitação coletiva de grande parte dos seus membros) a norma que dispõe para fazer X em C (cada membro do grupo deve fazer X em C), porque a situação em que todos fazem X em C é tida por coletivamente melhor - mais valiosa - do que as demais alternativas possíveis ou existentes;
- (2) eu, membro do grupo, dou valor para aquilo que os demais membros do grupo pensam a meu respeito ou esperam que eu faça;
- (3) os membros de G têm a expectativa mútua ou recíproca (do ponto de vista normativo e fático) no sentido de que todo e qualquer membro fará X em C;
- (4) eu, membro do grupo, dou valor à realização de X mais do que à realização de uma conduta alternativa - nas circunstâncias em que (1), (2) e (3) são aplicáveis -, ainda que, todavia, eu fosse dar mais valor à realização de uma conduta alternativa a X caso não estivessem envolvidas determinadas expectativas sociais;
- (5) eu atuo com base naquilo que dou valor e, portanto, pretendo fazer X em C;
- (6) C se dá; logo,
- (7) eu faço X.

Assim:

- (1) nós, os membros do grupo G, coletivamente aceitamos a norma expressável por “todo membro do grupo deve fazer X em C” para G;
- (2) eu pretendo atuar como um membro do grupo e tenho a crença de que isso me exige a realização de X em C;
- (3) C se dá; logo,
- (4) eu faço X (ou participo na realização de X, seja fazendo X propriamente, seja fazendo Y que consiste na minha parcela de contribuição à realização de X).

Tuomela complementa o modelo analítico com as seguintes cláusulas:³¹⁹

- (RN) uma norma N expressável por “todo membro em G deve realizar X nas circunstâncias C” é uma norma autoritativamente formulada, motivacionalmente atuante no grupo (instituição) G se e somente se:

³¹⁸ TUOMELA, 2010, p. 206.

³¹⁹ TUOMELA, 2010, p. 214.

(1i) N (ou uma prescrição de cuja derivação lógica ou conceitual obtenha-se N) resulta aceita ou formulada para G por uma autoridade (internamente autorizada pelos membros operativos de G);

(1ii) os membros de G podem adquirir a crença mútua ou recíproca no sentido de que eles devem realizar X em C - à base de sua (tácita) aceitação de (1i) - a partir de uma informação linguística tornada publicamente avaliável, pela autoridade, aos membros de G;

(2i) a maioria dos membros de G realizam X em C (ou ao menos assim se dispõem), e
 (2ii) pelo menos alguns deles, na maioria das vezes, realizam X com base na crença - em parte devida aos fatores especificados em (1) e (3) - do seu dever de realizar X em virtude da existência de uma norma em G, e que a maioria dos membros tem a expectativa (do ponto de vista normativo e fático) de que eles realizarão X em C;

(3) existe em G uma espécie de “pressão” - a partir de crenças mútuas e recíprocas existentes em pelo menos parte dos membros referidos em (2ii) - no sentido da realização de atos de desaprovação ou de aplicação de determinadas sanções em relação àqueles que desviam da conduta de realizar X em C, e essa circunstância confere suporte, ao menos em parte, para (2i) e (2ii).

Enfim, em relação à existência de desacordos entre os integrantes da prática judicial - desacordos acerca dos critérios que as normas a serem aplicadas devem satisfazer para fins de avaliação/valoração das condutas das pessoas componentes da comunidade (se os critérios são C1, C2 e C3 ou Cz, Cy e Cw, por exemplo) -, a questão a respeito do que são (ou o que significam) os deveres das autoridades aplicadoras depende daquilo que elas se comprometeram acerca da realização das ações relevantes (seguimento de determinadas normas, conforme o modelo delineado); o que elas se comprometeram não depende do que elas pensam (ou “acham”) que se comprometeram, tampouco depende daquilo que cada uma das autoridades pretende como compromisso para “ela própria”: depende daquilo que o compromisso, subjacente à prática, realmente significa, e isso é determinado por aquilo que a prática requer ou exige.³²⁰ Trata-se da objetividade dos critérios de identificação, já abordada,

³²⁰ BRIGIDO, 2010, s/p. Sánchez Brigido aduz que “what the practice requires depends, in turn, on what the reasonable interpretation of the relevant actions really is. [...] Which particular actions they have agreed to perform, and hence which rule they have agreed to follow exactly, depends on what the relationship that links them (which in their view is valuable) requires. [...] All recognize that an answer to the question of which actions they have agreed to perform depends on what the relationship requires. It is an objective matter, in the sense that it does not depend on what they think in this respect, but rather on what the relationship, properly understood, really amounts to and demands”. Ibidem, s/p. O autor clarifica, ainda, que “participants could not disagree about the fact that the larger agreeing practice requires that certain acts count as agreeing to do A when they can be reasonably interpreted as if the relevant individuals intended that, a reasonable interpretation being

a partir da qual, por sua vez, funda-se a concepção cognitivista do processo judicial, inclusive quanto à identificação da norma válida e/ou aplicável. Assim, conforme o exposto, os participantes (da prática) concebem um particular estado de coisas, cuja concretização depende da realização de determinadas ações (que eles se comprometeram a realizar), ações que confluem no seguimento de uma norma cujo conteúdo requer a avaliação/valoração (julgamento) das condutas das pessoas a partir de normas que satisfaçam certos critérios (C1, C2,...Cn).

8 COMENSURABILIDADE E APLICABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

A compreensão da função social da processualística como construção da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos, nos termos aqui defendidos, depende: (a) da distinção entre tutela material e tutela jurisdicional (8.1); (b) da defesa no sentido de que a processualística especifica-se, no que tange à sua função social, pelo “valor-de-comensurabilidade” (entre tutela material e tutela jurisdicional) dos modelos dogmáticos (8.2); e (c) do conceito de aplicabilidade das normas jurídicas que, por ser estar diretamente associado à reconstrução sistemática do direito, mostra como os critérios de correção jurídica das decisões judiciais dependem da distinção (e da interdependência) entre os planos da ordem jurídica (8.3).

8.1 TUTELA MATERIAL E TUTELA JURISDICIONAL

A distinção entre o plano do direito material e o plano do direito processual implica a distinção entre tutela material e tutela jurisdicional, como espécies do gênero tutela jurídica

one that assumes that the individuals are reasonable, ie that they a good grasp of the reasons that bear on the context. As said, they may have different ideas of the reasons that bear on the context; but they must agree about waht the content of the larger agreeing practice is”. Ibidem, s/p. Cumpre registrar que o modelo em tela não intenta dar conta de qualquer tipo de desacordo jurídico como, por exemplo, os desacordos entre operadores jurídicos a respeito da interpretação de específicas formulações normativas (ou a respeito do escopo de determinada cláusula constitucional, por exemplo). Do modelo decorre, por outro lado, que tais tipos de desacordos somente podem ser considerados como genuínos à luz da existência de uma regra de reconhecimento - exsurgente de uma prática de identificação, capturada pelo modelo em tela -, a partir do qual se torna possível a objetivização dos critérios de identificação das normas.

(ou tutela dos direitos). No plano do direito material, a realização do direito subjetivo³²¹ dá-se normalmente por meio de faculdades, poderes e imperativos jurídicos (deveres e obrigações) exercidos ou atendidos pelo titular, ou por terceiro(s). O exercício do direito subjetivo, no plano material, pode ser visualizado consoante o seguinte esquema:³²² (a) o direito realizado por uma faculdade do titular (a faculdade de ocupar a *res nullius*, por exemplo); (b) o direito realizado por um poder do titular, o chamado “direito potestativo” (por exemplo, o poder de transferir um direito ou o poder de renunciar ao direito); (c) o direito realizado pela obrigação de outrem (o chamado “direito de crédito”); (d) o direito realizado por faculdade do titular e por deveres (de abstenção) de todos os consociados (“direito absoluto real”); e (e) o direito realizado apenas por deveres (de abstenção) de todos os consociados (excluído o titular): “direitos meramente absolutos” (direitos de personalidade, por exemplo), incluindo os direitos que passam como direitos “reais”, nos quais se mostra ausente o núcleo da faculdade (como no caso das “servidões negativas”). Vale notar que esse esquema pressupõe a teoria do fato jurídico, cuja premissa fundamental corresponde à distinção entre os planos do mundo jurídico (plano da existência, plano da validade e plano da eficácia), distinção a partir da qual se especifica as categorias de eficácia jurídica: i) as situações jurídicas: i.a) básicas; i.b) simples, ou unissubjetivas; i.c) complexas, ou intersubjetivas: i.c.a) unilaterais; i.c.b) multilaterais, que consubstanciam as relações jurídicas e seu conteúdo de direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e situações de acionado e exceções e situações de excetuado; ii) as sanções, civis e penais; iii) as premiações; e iv) os ônus. No âmbito das situações jurídicas, distinguem-se as posições jurídicas ativas e as posições jurídicas passivas. As posições jurídicas ativas incluem: i) os poderes elementares (ou faculdades); ii) os poderes genéricos; iii) os poderes funcionais; iv) os direitos subjetivos (não coletivos); e v) os direitos coletivos *lato sensu* (direitos individuais homogêneos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos difusos). Nesse sentido, os direitos subjetivos podem ser absolutos (direitos reais, direitos de exclusividade ou de monopólio - “direitos intelectuais” - e direitos de personalidade), relativos (direitos de crédito ou obrigações, direitos societários/corporativos ou de cooperação/participação e direitos familiares) e potestativos (constitutivos,

³²¹ Segundo George Rainbolt, “X has an S right against Y that Y do A if and only if there is a sound non-redundant instance of the following argument form: (1) X is F; (2) if X is F, then Y has an S obligation/impossibility to do A; (3) therefore, Y has an S obligation/impossibility to do A. (...) A right exists when both premises of the key argument form are true. The truth of the first premise depends, in the usual way, on the facts about X, the subject of the right. On the other hand, the truth of the second premise is not determined by facts about X and Y. The ‘S’ in the second premise of the key argument form indicates that the truth of the second premise depends on the rules of the rule system in question”. RAINBOLT, 2006, p. 120.

³²² OLIVEIRA, 2008, p. 10.

modificativos, transmissivos ou reversivos e extintivos).³²³ As posições jurídicas passivas (vinculações ou adstrições), por seu turno, incluem: i) os deveres genéricos; ii) as obrigações; iii) as sujeições; iv) os deveres funcionais; e v) os ônus.³²⁴

A ordem jurídica caracteriza-se pela institucionalização de um “aparelho” (ou “máquina”) que, por um lado, serve à imposição da tutela do direito objetivo e, por outro, serve à tutela dos direitos subjetivos:

[...] dando-lhes uma consistência prática que contribui decisivamente para tornar viável um tráfico econômico de bens e serviços, bem como uma circulação de valores econômicos (créditos) rápida e segura - sendo certo que, sem aquela confiança e garantia que ela inspira, tal tráfico (que no fundo exprime uma função social básica de todas as sociedades: a função da reciprocidade e da cooperação entre as pessoas) não se processaria nos termos exigidos por uma sociedade dinâmica evoluída: em termos de uma rápida circulação dos valores contabilizáveis, dos bens e dos serviços.³²⁵

No âmbito deste “aparelho” institucionalizado distinguem-se os meios de tutela jurídica que caracterizam o plano do direito material. A respeito, importa distinguir entre os meios objetivos de tutela jurídica, exteriores às situações jurídicas (que não compõem o conteúdo destas, portanto), e as vicissitudes (consequentes) das situações jurídicas (tais vicissitudes podem ser: a constituição, a modificação, a transmissão/disponibilização e a extinção; sob outro critério, elas podem ser identificadas ora como aquisição - originária ou derivada -, ora como perda - absoluta ou relativa).³²⁶ Assim, “da violação da situação jurídica nascem para o titular meios de reação. Esses meios podem integrar-se no próprio direito violado, representando uma modificação no conteúdo deste”:³²⁷ não se deve confundir,

³²³ Os direitos subjetivos podem ser agrupados em três categorias: a) os direitos subjetivos em sentido estrito (incluindo os direitos reais e dos direitos de crédito), que são aqueles que satisfazem interesses do titular e se traduzem em condutas (ações ou omissões) exigíveis de outra(s) ou outra(s) pessoa(s); b) os direitos potestativos, que são aqueles que satisfazem interesses do titular e são realizáveis por ato exclusivo de sua vontade, sem necessidade de cooperação do sujeito passivo; e c) os poderes-deveres, que são aqueles que visam à satisfação de interesses não do titular, os quais algumas vezes podem ser efetivados por ação unilateral da vontade deste e outras vezes demandam um comportamento do sujeito passivo.

³²⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. p. 86.

³²⁵ MACHADO, 2008, p. 125.

³²⁶ “Os fatos jurídicos são determinados por provocarem efeitos. Às repercussões no domínio das situações resultantes dos fatos cabe a genérica designação de vicissitudes”. ASCENSÃO, 2010, p. 116. Ascensão consigna que “algumas situações jurídicas são de êxito fatal, não podendo nem em abstrato ser contrariadas pela atuação contra-direito de outrem. Assim acontece com os direitos potestativos, e mesmo com os ônus. Como vimos, contrapõe-se-lhes uma mera sujeição, pela qual o sujeito passivo não pode obstar a produção dos efeitos jurídicos, uma vez verificados os pressupostos legais. Na normalidade dos casos, porém, as situações jurídicas estão sujeitas à rebelião de outrem; a regra jurídica é então regra de conduta e não um mero critério de decisão, e portanto é por natureza violável. Podemos então falar numa nova vicissitude, consistente justamente na violação da situação jurídica”. *Ibidem*, p. 258.

³²⁷ *Ibidem*, p. 260. Aduz o autor que “essas pretensões podem manter-se no conteúdo do direito violado, ou autonomizar-se em relação a este. Por exemplo: se alguém destrói uma coisa minha, o direito de propriedade

portanto, as “providências objetivas de tutela” (meios de atuação exteriores aos direitos) com a “repercussão subjetiva da violação” (violação no sentido de desconformidade ou contrariedade a direito, em que se abstrai os elementos culpa *lato sensu* e dano), como pretensões substantivas que nascem do direito violado (correspondentes aos meios jurídicos de que o titular dispõe, como reação à violação realizada).

Esse quadro de análise fornece a base para a distinção entre os seguintes meios de tutela jurídico-material, à luz de distintas funções ou finalidades: a) tutela compulsória; b) tutela reconstitutiva: b.1) reconstituição *in natura*; e b.2) reconstituição pelo equivalente; c) tutela compensatória; d) tutela preventiva; e) tutela punitiva/sancionatória; f) tutela de reconhecimento dos “valores negativos” dos atos jurídicos (invalidade e ineficácia). A tutela compulsória é aquela que se destina a atuar sobre o infrator da norma para levá-lo a adotar a conduta juridicamente devida, para fins de obtenção da situação que resultaria da devida observância da norma mediante o próprio comportamento do infrator. A tutela reconstitutiva é aquela impositiva da recomposição da situação que teria sido obtida em caso de observância da norma, com priorização da reposição ou restauração natural (*in natura*) que, quando impossível de ser obtida, dar-se-á pelo equivalente (“indenização específica”, não monetária, a partir da reconstituição da situação com base no recebimento, pelo credor, de um bem equivalente àquele que era devido em virtude da relação jurídica). A reconstituição natural corresponde à tutela específica da obrigação (manutenção, ou incolumidade, do direito à prestação específica em benefício do credor, até o limite da possibilidade jurídica e/ou fática da prestação em questão: a reconstituição natural pode não ser atingível/praticável ou não ser suficiente em relação à violação concretizada).³²⁸ A tutela compensatória é aquela que visa à configuração de uma situação que, embora não corresponda àquela que resultaria da devida observância da norma, mostra-se valorativamente (no sentido monetário) equivalente; não há uma reconstituição da situação anterior, e sim uma indenização pelos danos sofridos, indenização esta que pode se destinar a cobrir a falta do próprio bem devido, outros danos patrimoniais ou não-patrimoniais. A tutela preventiva, por sua vez, é aquela cuja finalidade corresponde à prevenção de violações (ainda não ocorridas) de determinada(s) norma(s) (prevenção cujo receio justifica-se, em princípio, pela anterior prática de ato eivado de

perde-se. O direito à indenização toma o seu lugar como um direito autônomo. O surgimento da faculdade de autotutela representa pelo contrário uma modificação do conteúdo do direito violado. Também a violação de relações jurídicas reais provoca alteração no conteúdo dos direitos reais em presença”. Ibidem, p. 260. Dessa particularidade decorre a conclusão de que no âmbito da tutela dos direitos subjetivos inclui-se a tutela mediante a constituição de (novos) direitos subjetivos.

³²⁸ A tutela específica inclui a prestação de “fato negativo”, a prestação de fato positivo fungível e a obrigação de contratar.

antijuridicidade ou de ilicitude); tal tutela, assim, destina-se a impedir a violação da ordem jurídica ou a prevenir/evitar a inobservância de determinada(s) norma(s) (atuação anterior à consumação da violação, portanto).³²⁹ A tutela punitiva/sancionatória não se destina a reconstituir a situação que existiria caso a violação não tivesse sido concretizada: destina-se à imposição de um castigo ao violador da norma, como reprovação da conduta, simultaneamente à privação de um bem (não necessariamente patrimonial). Em outros termos: intenta, tal tutela (de cunho repressivo), castigar (sancionar) a infração cometida, independentemente da reconstituição de uma situação afim da que existiria caso a infração não tivesse ocorrido.³³⁰ Por fim, a tutela de reconhecimento dos “valores negativos” dos atos jurídicos visa a impedir a validade e/ou a eficácia jurídica (ou seja, a irradiação de efeitos) daqueles atos cuja concretização deu-se a partir do não-preenchimento dos respectivos pressupostos (de validade e/ou de eficácia). Assim, da contrariedade a direito pode decorrer a tutela de reconhecimento da invalidade (nulidade ou anulabilidade) - reconhecimento que pode ou não implicar a ineficácia, parcial ou total, do ato inválido - ou de reconhecimento da ineficácia (recusa de efeitos jurídicos), parcial ou total (ainda que não haja invalidação, prévia ou concomitante, do ato em questão). Tal tutela, portanto, corresponde à “frustração dos desígnios daquele que pretende obter certo resultado jurídico omitindo os pressupostos que para tanto a lei exige, ou não satisfazendo aos requisitos impostos por esta”.³³¹

Importa mencionar, ainda, a “tutela privada” (autotutela, ou tutela particular, distinta das hipóteses de heterotutela, supra aludidas), em geral proibida, porém excepcionalmente permitida em determinadas hipóteses, especificamente indicadas nas normas jurídicas, em que a conduta dos particulares pode funcionar como meio de tutela dos direitos, ou como meio de prevenir sua violação: *verbi gratia*, o direito de retenção e o direito legal de resolução por incumprimento (confere-se à outra parte na relação contratual o direito potestativo de, por simples declaração unilateral receptícia, resolver tal relação). O desforço possessório também

³²⁹ A título de ilustração, incluem-se entre as medidas componentes da tutela preventiva: a) a inibição do exercício da tutela (direito de família) às pessoas que tenham praticado fatos ou incorrido em situações cuja índole faz temer justamente um mau exercício do cargo; b) a inabilitação para o exercício de funções públicas em consequência da prática de certos fatos delituosos; e c) em geral, todas as medidas visadas à garantia contra a prática de ato(s) contrário(s) a direito. João Baptista Machado destaca que “entre tais medidas têm grande relevo a intervenção da autoridade pública no exercício da atividade dos particulares, fiscalizando, limitando, condicionando ou sujeitando a autorizações prévias o exercício de certas atividades, com vista a evitar os danos sociais que delas poderiam eventualmente resultar. Tal é designadamente a função das várias polícias: polícia de segurança, polícia sanitária, polícia econômica, de viação, florestal, guarda fiscal, etc”. MACHADO, 2008, p. 126.

³³⁰ As medidas sancionatórias não são apenas de cunho “negativo”; podem apresentar cunho “positivo” ou “incentivador” (as chamadas “sanções premiaiais”).

³³¹ MACHADO, 2008, p. 129.

caracteriza hipótese de autotutela:³³² mesmo tendo possibilidade de recorrer à autoridade pública, o possuidor turbado ou esbulhado por outrem da coisa possuída poderá manter-se ou restituir-se (reagindo contra a violação) por sua própria força. Outros meios de tutela privada têm como pressuposto comum o caráter subsidiário (pois só são concedidos para ocorrer às insuficiências da autoridade pública): estado de necessidade, legítima defesa e o direito de resistência às ordens ilegais.

Do exposto conclui-se que a tutela jurídica não consiste sempre na prática de atos materiais de realização forçada (como a apreensão de bens ou a aplicação de penalidades): a tutela pode traduzir-se na criação de situações jurídicas desfavoráveis ou na não-produção de efeitos jurídicos pretendidos pelos agentes. Frise-se, ademais, que a tutela dos direitos subjetivos dos particulares não diz respeito, apenas, à violação por parte de outros particulares: a violação pode decorrer de ato da administração pública ou de agentes públicos. Importante destacar, também, que os meios de tutela postos à disposição dos particulares funcionam ao mesmo tempo como meios de tutela do direito objetivo: assim, por exemplo, a faculdade conferida ao titular do direito de recorrer dos atos administrativos ilegais consubstancia-se como meio de tutela da legalidade dos atos da administração.³³³ Ainda, tutela do direito objetivo há, de modo direto ou primário (e não como decorrência da tutela de direitos subjetivos, portanto), na fiscalização abstrata de constitucionalidade dos atos normativos.

Nesse contexto, João Baptista Machado aduz que os meios de tutela do direito aparecem, em princípio, perspectivados de um ponto de vista externo (descritivo), particularidade que situa a tutela de reconhecimento dos “valores negativos” dos atos jurídicos em um nível de configuração distinto dos demais meios de tutela: a) ao nível próprio das normas que fixam os pressupostos dos atos de exercício válido e/ou eficaz de um poder ou de uma competência, ou proíbem certos atos jurídico-constitutivos ou normativos, a tutela traduz-se na recusa (total ou parcial) de validade e/ou de eficácia jurídica aos atos praticados com inobservância das ditas normas; e b) ao nível das restantes normas jurídicas, a reação à violação delas traduz-se mais incisivamente no desencadeamento (produção) de determinados

³³² A expressão “autotutela” também é utilizada a respeito da tutela dos direitos do Estado-administração, quando este os pretende fazer valer contra a resistência dos particulares, ou quando pretende impor a estes a observância das leis, regulamentos e providências concretas componentes dos objetivos em geral da administração pública: a autotutela em questão está associada à auto-executoriedade dos atos administrativos, a partir de meios próprios (administrativos) de coercibilidade.

³³³ Isto não quer dizer, entretanto, que seja este o único meio de tutela do direito objetivo em relação à matéria (legalidade dos atos da administração). Em tema de tutela jurídica, há ainda as hipóteses em que a tutela refere-se a determinado interesse coletivo por meio da atribuição de um direito (ou uma faculdade) a um particular (direito cujo exercício pelo particular redundaria na tutela do interesse coletivo em questão).

efeitos jurídicos (constitutivos, modificativos, extintivos ou, ainda, inibidores/impeditivos).³³⁴ A clarificação em tela remete ao pressuposto de que a causalidade jurídica (a partir da relação incidência-fato jurídico-eficácia jurídica) é incondicional - independente, em sua operatividade - em relação à aplicação judicial das normas jurídicas; este pressuposto, por seu turno, mostra-se fundamental à distinção, e ao delineamento da inter-relação, entre tutela material e tutela jurisdicional do(s) direito(s).³³⁵ A operacionalidade (eficacial) da tutela material não se confunde com a operacionalidade da tutela jurisdicional: aquela requer que determinados requisitos (componentes dos suportes fáticos das normas, incluindo, em especial, os atos contrários a direito ou violações) funcionem como pressupostos constitutivos da atribuição de posições jurídicas ativas e passivas (como categorias jurídico-eficaciais, decorrentes dos fatos jurídicos). A tutela material, portanto, pressupõe a imputação subjetiva (subjetivação, *hoc sensu*) das posições jurídicas: tal imputação subjetiva é indispensável à operatividade da causalidade jurídica, e esta particularidade mostra-se independente da emissão de determinada decisão judicial, sem prejuízo das hipóteses em que tal decisão “seja ela mesma um pressuposto da produção do efeito jurídico”.³³⁶

As normas do plano material regulam as condutas a partir da constituição de fatos jurídicos (juridicização), cuja irradiação eficaz rende ensejo às situações jurídicas³³⁷ (que incluem posições jurídicas ativas passivas): a violação ou o descumprimento de um direito (que consubstancia uma espécie de efeito jurídico), ou quando seu cumprimento (ou respeito) é ameaçado, rende ensejo à operacionalização da tutela do direito e, caso tal direito seja afirmado (“ingressando” em “estado de afirmação” a partir da *causa petendi*)³³⁸ no âmbito da

³³⁴ MACHADO, 2008, p. 133. Quanto ao ponto, o autor aduz que “se fosse possível violar normas jurídicas sem efeitos jurídicos (interiores ao sistema), isso significaria que o sistema jurídico não teria autonomia (ao menos relativa) perante o seu envolvimento político-social” (essa questão não deve ser confundida com aquela atinente à circunstância de que dos efeitos jurídicos da violação de uma norma pode não decorrer a implementação de medidas práticas, como questão atinente ao “desuso” da norma, a partir do qual sua violação pode vir a deixar de desencadear efeitos jurídicos).

³³⁵ A distinção conceitual entre eficácia material e eficácia processual pressupõe, pois, a distinção conceitual entre incidência jurídica e aplicação judicial de normas.

³³⁶ MACHADO, 2008, p. 134. A imputação subjetiva corresponde a um postulado funcional: o sujeito de direito consubstancia a categoria central para a imputação e atribuição de direitos, deveres, obrigações, pretensões, sujeições, faculdades, competências, poderes, ônus e responsabilidades como marco nuclear para a conversão de problemas sociais em problemas jurídicos (conversão a partir da qual se erige a dogmática jurídica em geral e a processualística em especial).

³³⁷ Importante destacar que “sujeito de direito” (bem assim “capacidade de direito”) é uma espécie de situação jurídica simples ou unissubjetiva.

³³⁸ A causa de pedir corresponde à transposição (em estado de afirmação), para o plano processual, do fato jurídico (atinente ao plano material) - o fato constitutivo do direito -, assim como o pedido, feito no âmbito judicial, corresponde à transposição (em estado de afirmação) da irradiação eficaz (efeito jurídico, ou seja, o direito) do fato jurídico, efeito cuja implementação se requer por meio da implementação da irradiação eficaz (específica, própria) que caracteriza a tutela jurisdicional. (O pedido aludido é o chamado “imediato”, distinto do “mediato”, associado ao “bem da vida”).

instituição judiciária, ele “ingressa” no plano processual, para fins de tutela jurisdicional.³³⁹ A tutela jurisdicional, assim, identifica-se com realização ou proteção concreta do direito a partir da criação das condições para que aquilo que “deveria ser” no plano material “seja”, quando do retorno, a ele (plano material), do resultado do processo judicial. O plano do direito processual (como momento da aplicação da norma material) coloca-se em prol da proteção dos direitos não-cumpridos (porque violados) ou na iminência de não serem cumpridos (porque ameaçados) no plano do direito material (como momento da incidência da norma material): a tutela jurisdicional pressupõe que a tutela material não se realize voluntária ou espontaneamente. No plano processual o direito material encontra-se em estado de controvérsia; a comunicação entre os planos da ordem jurídica dá-se com determinada alegação a respeito da existência de um direito (afirmação de que há um direito violado ou ameaçado de violação). O reconhecimento judicial da (in)existência do direito afirmado rende ensejo, no plano processual, à tutela jurisdicional (como resultado do processo), cuja irradiação eficaz dirige-se ao plano material para, neste âmbito (e como um “retorno qualificado” pelas particularidades do plano processual, notadamente a *res iudicata* associada à imperatividade estatal), configurar-se como tutela (material) do direito. Esse “retorno qualificado” diz respeito à concretização de efeitos práticos para “fora” do processo (ou seja, no plano a ele exterior: realização de direito cuja gênese está no direito material): “a tutela condenatória ou executiva, por exemplo, é tutela jurisdicional (plano processual); a tutela reparatória já consiste na tutela do direito (plano material)”.³⁴⁰

As modalidades de tutela jurisdicional, portanto, alojam-se no plano processual da ordem jurídica: elas atuam, existem e se desenvolvem no plano do próprio processo, ao mesmo tempo em que estão direcionadas ao plano material, para fins de tutela do direito (proteção ao direito no plano material). Para tanto, tais modalidades utilizam técnicas processuais voltadas à exteriorização, para o plano material, das tutelas declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva.³⁴¹ As técnicas processuais correspondem aos meios adequados suficientes e/ou necessários ao atingimento do resultado

³³⁹ Distinguem-se, portanto, os enunciados de direitos, os enunciados de tutela material dos direitos e os enunciados de tutela jurisdicional.

³⁴⁰ OLIVEIRA, ano, p. 96. Assim, *verbi gratia*, o fato material da entrega do dinheiro satisfaz o direito, dando azo ao ressarcimento como modalidade de tutela (material) do direito. Completa-se, nesses moldes, o ciclo da experiência jurídico-processual como “experiência de unidade”, uma vez que a “tutela jurisdicional deve partir da situação material (ainda que meramente afirmada) e à situação material deve retornar, aqui em outro nível qualitativo, depois da constatação da realidade do direito postulado *in status assertionis*”. *Ibidem*, p. 108.

³⁴¹ Assim, não se deve confundir as formas de tutela jurisdicional com as técnicas que podem ser empregadas para a mais adequada realização da tutela jurisdicional. Sobre o exame das cinco espécies de tutela jurisdicional (tutela declaratória, tutela constitutiva, tutela condenatória, tutela mandamental e tutela executiva), imprescindível a obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, 2008, p. 145 e et seq.

jurídico-material da decisão judicial, como resultado atingível somente pelo processo e direcionado ao plano exterior ao processo (como efeito externo, portanto). A existência de determinada modalidade de tutela jurisdicional não se confunde com as efetivas condições em que a modalidade em questão pode (ou deve) atuar (comunicando-se com o plano material para tutelar adequadamente o direito reconhecido).³⁴² Assim, um plano da ordem jurídica cria as condições necessárias e suficientes para a atuação do outro, tendo em vista a referibilidade (teleológica) material-processual-material entre eles³⁴³.

A partir do exposto, pode-se definir tutela jurisdicional “como o resultado da atividade desenvolvida pelos órgãos do Estado que exercem a jurisdição ou a tanto autorizados, visando à proteção ao patrimônio jurídico. E este tanto pode ser o direito material como o direito processual (e.g., ações rescisórias de sentença, por causas puramente processuais), e ainda a declaração da própria inexistência do direito, tanto do ponto de vista individual quanto coletivo, repressivo ou preventivo”.³⁴⁴ Imprescindível que a noção de tutela jurisdicional dê conta da aptidão do resultado final do processo à imutabilidade (ou indiscutibilidade): aquilo que conforma o conteúdo eficaz da norma jurídica individual (e concreta), norma esta referida à situação sobre que se exerceu a atividade judicial cognitiva (*res in iudicium deducta*), torna-se imutável com o trânsito em julgado da decisão que a veicula (a partir disso evidencia-se que o ciclo da experiência jurídico-processual está associado à relação existente entre a causa de pedir e a coisa julgada). Os efeitos da norma individual, decorrentes do

³⁴² Destaque-se que reconhecimento (declaração) judicial do direito não implica, *ipso facto*, realizá-lo concretamente; quando tal reconhecimento não implicar realização (no sentido de satisfação do direito no plano material), mostrar-se-á imprescindível outros atos revestidos de autoridade judicial, voltados à realização concreta ou satisfação do direito em questão. Frise-se que todas as espécies de tutela jurisdicional (quando reconhecem o direito alegado) pressupõem a declaração judicial de tal direito.

³⁴³ A adequada compreensão da tutela jurisdicional vai além do aspecto endoprocessual (efeitos para dentro ou para o próprio processo). A tutela jurisdicional identifica-se, fundamentalmente, com os efeitos produzidos pela decisão judicial para fora do plano processual, ou seja, tal tutela está na proteção que ela tem aptidão de dar no plano material a partir do plano processual (cuja atuação, como se expôs, tem como referibilidade a tutela material dos direitos).

³⁴⁴ OLIVEIRA, 2008, p. 108. Alvaro de Oliveira especifica o conceito, aduzindo que: a) a tutela não se confunde com exercício da jurisdição, nem com qualquer resultado do processo: a extinção do processo sem julgamento do mérito não confere proteção nem tutela ao patrimônio jurídico; b) o conceito em questão abrange os órgãos do Estado que exercem a jurisdição ou a tanto autorizados (juízo arbitral); c) é imprescindível a proteção ou a satisfação do patrimônio jurídico, que pode ocorrer pelo reconhecimento do direito ou pela declaração da inexistência do direito; d) há tutela mesmo quando julgado improcedente o pedido: neste caso, restará protegida a posição substancial do demandado; e e) há as tutelas auto-satisfativas, como a declaratória e a constitutiva, e há as tutelas que dependem de providências posteriores que intefiram no mundo sensível, com a condenatória, a mandamental e a executiva. Assim, a alusão à proteção ao patrimônio jurídico justifica-se para abarcar a tutela declaratória negativa (destinada a declarar a inexistência do direito). Frise-se que o patrimônio jurídico consubstancia espécie do gênero situação jurídica (categoria eficaz): “sem hesitação afirmamos que o patrimônio é um conjunto de situações jurídicas; é um setor da esfera jurídica da pessoa”. ASCENSÃO, 2010, p. 103. Ainda segundo Alvaro de Oliveira, as normas regentes da tutela jurisdicional são: a) o princípio da demanda; b) a exigência de adequação (subjéctiva, objectiva e teleológica) entre o direito material afirmado e a tutela jurisdicional; c) a efetividade; e d) a segurança.

conteúdo eficaz que a caracteriza (e a individualiza) e incidentes no patrimônio jurídico-substancial dos litigantes, não escapam (na medida das possibilidades fáticas e/ou jurídicas) à dispositividade jurídico-patrimonial, associada à autonomia privada. Não se deve confundir, portanto, a norma individual (resultado final do processo) - e o conteúdo eficaz que a caracteriza - com os efeitos dela decorrentes, atuantes no patrimônio jurídico-substancial dos litigantes para os quais a norma em questão fizer referência como comando judicial, sem prejuízo da atuação no patrimônio de outras pessoas (na condição de terceiros em relação ao processo), quando e nos limites em que ela ostentar o condão de ingerência normativa em relação a tais sujeitos.

A distinção entre tutela material e tutela jurisdicional pode ser vista como a distinção entre eficácia jurídica de direito material e eficácia jurídica de direito processual: são de direito material as situações jurídicas e relações jurídicas que se irradiam de fato jurídico decorrente da incidência de normas jurídicas de direito material, e de direito processual as que resultam da incidência de normas jurídicas de direito processual.³⁴⁵ É no conteúdo eficaz específico das situações e relações jurídicas (notadamente a especificidade dos respectivos vínculos direitos-deveres, como matrizes básicas da irradiação eficaz) que repousa a diferenciação entre as eficácias (material e processual).

A relação entre as causalidades jurídicas próprias de cada plano (material e processual) da ordem jurídica remete a determinadas questões comumente associadas à noção de aplicação judicial do direito, como sendo a tomada de decisão (“produto” de um processo) de um órgão judicial encaminhada a forçar o cumprimento de uma norma (material, cuja afirmação de violação ou ameaça de violação justificou o início do processo de tomada de decisão judicial) por seu destinatário e, não sendo isso possível, imponha a este destinatário da norma a consequência jurídica prevista para o caso de descumprimento. Assim, a aplicação do direito, nesse sentido, remete ao fato de que os juízes tomam decisões singulares sobre o que os litigantes devem fazer ou não fazer em cada caso judicial e/ou sobre as medidas que são a eles aplicáveis à hipótese, de acordo com a norma jurídica cujo suporte fático reporta-se a alegação, contida na *causa petendi*, no sentido da irradiação de efeito jurídico (à luz do

³⁴⁵ As categorias eficaciais gerais, assim, são comuns a ambas (eficácia material e eficácia processual), a saber: sujeito de direito, situação jurídica e relação jurídica. Significa dizer: a relação incidência-fato jurídico-eficácia jurídica (sintetizada no conceito de causalidade jurídica) caracteriza tanto o plano material quanto o plano processual da ordem jurídica; a relação entre os planos é a relação entre suas respectivas causalidades jurídicas. Assim, quando se alude à distinção entre o momento de incidência e o momento da aplicação da norma, faz-se referência à norma material que se postula a aplicação no âmbito do plano processual da ordem jurídica, particularidade que não deve obscurecer a circunstância de que, no plano processual, também há incidência e aplicação de normas processuais (sendo a incidência igualmente incondicional à aplicação), rememorando-se o exemplo das ações rescisórias de sentenças.

preenchimento dos elementos componentes daquele suporte fático). Nesse sentido, não se afirma que os juízes “cumprem” as normas (materiais) que aplicam, e sim que as “fazem cumprir”; assim, o juiz, primeiramente, aceita ou reconhece como aplicáveis as normas que aplica, mas tais normas não são objeto de cumprimento ou de obediência por parte da autoridade judicial. O que os juízes cumprem quando aplicam as normas é a norma que os obriga a aplicar as normas componentes do sistema jurídico³⁴⁶ (norma esta cuja imposição de dever corresponde à “consideração normativa” que conforma uma das cláusulas do modelo de prática judicial, anteriormente delineado: tal dever exige que as autoridades aplicadoras valorem ou avaliem as condutas das pessoas, componentes da comunidade em geral, de acordo com normas que satisfaçam os mesmos critérios, que à luz da regra de reconhecimento do sistema). De seu turno, as normas processuais, primariamente dirigidas aos juízes, podem ser por eles (des)cumpridas, mas estas não são, propriamente, as normas que as autoridades judiciais aplicam, no sentido de normas a partir dos quais se dá o ingresso (*in status assertionis*) de uma situação jurídico-substancial no plano do direito processual.

A respeito da aplicação judicial (e do plano processual como domínio de atuação da tutela jurisdicional) importa destacar que as normas não cumpridas (no plano material) não são automaticamente objeto de uma decisão judicial: a atuação dos juízes dá-se a partir daquilo que se conhece por princípio da demanda (que se associa ao *secundum allegata et probata*), de modo que entre o descumprimento e a aplicação há uma solução de continuidade somente superável por meio da intervenção de alguém (particular ou autoridade pública, distinta do juiz) que insta ao julgador a aplicar a norma jurídica (supostamente) descumprida. Sem esta intervenção, não há como a norma descumprida ou violada ser aplicada ou inaplicada pelos juízes; a norma em questão, uma vez descumprida, não se mostrou eficaz (no sentido de eficácia “extrajurídica”: ausência de correspondência entre a conduta normativamente prescrita e a conduta realizada pelo destinatário da norma):³⁴⁷ a falta de continuidade entre os planos (material e processual) da ordem jurídica - como falta de continuidade entre descumprimento ou violação e aplicação da norma - agrega à hipótese de

³⁴⁶ A assertiva “o que os juízes cumprem quando aplicam as normas é a norma que os obriga a aplicar as normas componentes do sistema jurídico” diz respeito ao nexos existente entre o dever jurídico do cidadão e o dever jurídico do juiz (Capítulo 6, 6.1) que, por seu turno, implica a distinção entre o momento em que a norma funciona como norma de conduta e o momento em que a norma funciona como critério de decisão (além da distinção entre o momento em que a norma é utilizada para fins de valoração ou avaliação da conduta e o momento em que a norma é utilizada para fins de valoração ou avaliação da decisão autorizada sobre a conduta, à luz dos órgãos institucionalmente autorizados para tomar decisões aplicando normas; essa distinção possibilita a crítica das decisões que aplicam normas).

³⁴⁷ Eficácia como cumprimento da norma: conformidade entre a conduta real de determinados sujeitos e a conduta que determinada norma, a eles dirigida, estabelece como prescrita (obrigatória ou proibida).

(mera) ineficácia por descumprimento a hipótese de ineficácia por descumprimento aliada à ausência de condição necessária da aplicação judicial. Esta falta de continuidade entre os planos remete aos dois níveis concernentes aos meios de tutela material do direito (o nível atinente ao reconhecimento dos “valores negativos” dos atos jurídicos e o nível atinente ao desencadeamento de efeitos jurídicos como reação à violação das normas jurídicas), níveis que revelam a autonomia (relativa) da causalidade jurídica do plano material em relação à causalidade jurídica do plano processual. Esta autonomia relativa associa-se, ademais, à autonomia relativa do sistema jurídico em relação ao entorno social, à luz da distinção entre irradiação de efeitos jurídicos (a partir de fatos jurídicos), interiores ao sistema, e implementação de medidas práticas referentes àqueles efeitos. Ou seja: a irradiação de efeitos jurídicos é uma questão independente das medidas de implementação prática na realidade sensível ou empírica.

Outro aspecto essencial em relação à aplicação das normas jurídicas diz respeito à circunstância de que a decisão judicial, ao aplicar uma norma geral, emite uma norma individual (ou singular) para que o destinatário realize uma conduta (ou se abstenha de realizá-la) e/ou para que outras autoridades (agentes judiciais, policiais, registradores, agentes administrativos, etc.) levem a cabo determinadas ações executórias. Isso significa que a decisão judicial (que aplica uma norma geral) pode, ela própria, ser eficaz ou ineficaz - no sentido de (des)conformidade - caso o destinatário da norma singular a cumpra ou deixe de cumpri-la. A partir disso, impende registrar a seguinte distinção: se a autoridade judicial A, em virtude de uma norma geral N, está obrigada a produzir a norma singular X, que deve prescrever a conduta Z, e efetivamente a autoridade em questão produz a norma X prescrevendo a conduta Z, mas a conduta Z não se produz de fato (na realidade empírica), então só se poderá afirmar que a norma N (componente do plano material), à luz da tutela jurisdicional, é apenas formalmente efetiva, porquanto não se produziu a conduta Z buscada pela norma N por meio da emissão da norma X (cujo conteúdo eficaz corresponde à tutela jurisdicional); em tal hipótese, pode-se dizer que a norma N é eficaz uma vez que se produz, no plano processual, a norma X, mas ela não é eficaz no sentido de que não se produz, como efeito projetado ao plano material a partir do plano processual, a conduta Z. Dir-se-á, ao contrário, que a norma N, à luz da tutela jurisdicional, é materialmente efetiva se a autoridade judicial A, em virtude da norma geral N, está obrigada a produzir a norma singular X, que deve prescrever a conduta Z, e efetivamente a autoridade em questão produz a norma X prescrevendo a conduta Z, e esta se produz de fato (na realidade empírica). Assim, não se deve confundir a aplicação judicial - à luz da aplicabilidade das normas em relação aos casos -

com a questão de se a decisão judicial que aplica a norma que regula o caso é, ela própria, cumprida ou implementada (se é eficaz no sentido de correspondência, portanto). Cabe ressaltar, por outro lado, que ao conteúdo eficaz da norma singular agrega-se a dimensão de “força autoritativa” da decisão judicial, associada aos poderes-deveres do juiz direcionados à implementação daquele conteúdo eficaz (inclusive na hipótese de o destinatário da norma individual não cumprir com seu comando), ou seja, direcionados à “externalização” da tutela jurisdicional (a passagem dos efeitos ao plano do direito material, para fins de tutela material do direito). Assim, a eficácia da norma singular não depende apenas do (des)cumprimento por parte do seu destinatário, mas também de sua implementação por parte do juiz (e/ou de outras autoridades estatais).³⁴⁸

À luz de tais considerações, pode-se delinear o seguinte quadro atinente à eficácia, para fins de compreensão a respeito da relação entre eficácia material (tutela material) e eficácia processual (tutela jurisdicional): (1) eficácia: 1.a) por cumprimento (correspondência ou conformidade); 1.b) por “demanda de aplicação” (ou “demanda de tutela jurisdicional”, tendo em vista a aludida falta de continuidade entre os planos da ordem jurídica); 1.c) por aplicação judicial; 1.d) por cumprimento da decisão judicial (decorrente da aplicação); (2) ineficácia: 2.a) por descumprimento; 2.b) por ausência de “demanda de aplicação”; 2.c) por inaplicação; 2.d) por descumprimento da decisão judicial (decorrente da aplicação).³⁴⁹ Esse quadro intenta mostrar que a relação entre os planos da ordem jurídica, como relação entre tutela material e tutela jurisdicional, envolve não apenas a comunicação entre as respectivas eficácias (material e processual) no sentido de eficácia estritamente jurídica, mas também as respectivas eficácias no sentido de eficácia extrajurídica (como correspondência entre a conduta/estado de coisas real e a conduta/estado de coisas objeto de prescrição normativa),

³⁴⁸ O ponto releva-se importante à luz de sua associação com as condições de existência do sistema jurídico, anteriormente abordadas (Capítulo 5, 5.2 e 5.3): “que en un sistema jurídico normal, las decisiones judiciales son generalmente cumplidas o ejecutadas es un rasgo casi-definicional, pues un sistema jurídico en el que las decisiones judiciales fueran generalmente incumplidas carecería del rasgo de eficacia general que se supone garantiza su existencia como tal sistema jurídico”. HIERRO, 2010, p. 152. Assim, dissocia-se, analiticamente, a eficácia como cumprimento (correspondência ou conformidade entre a conduta/estado de coisas real e a conduta/estado de coisas objeto de prescrição normativa) das normas gerais do sistema pelos cidadãos e a eficácia como cumprimento (correspondência ou conformidade) das decisões judiciais.

³⁴⁹ Assim, uma norma geral X que não é eficaz porque não é cumprida por seus destinatários pode ser eficaz, no plano processual, porque os juízes emitem a norma singular Y com imposição coercitiva do estado de coisas prescrito pela norma X e/ou com imposição de medidas coercitivas sobre o destinatário que descumpriu a prescrição normativa em questão. A norma X pode ser vista, nesse sentido, como eficaz (no plano processual) quando é judicialmente aplicada porque foi descumprida, e ineficaz quando, descumprida, não é judicialmente aplicada. Tal consideração associa-se à especificidade da eficácia que caracteriza o plano processual (e, por conseguinte, a tutela jurisdicional) em relação à eficácia que caracteriza o plano material (e, pois, a tutela material), essencial à compreensão da função social da processualística como construção da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos.

sentido este que subjaz, afinal, à noção de efetividade. Assim, por exemplo, o direito subjetivo de crédito é um tipo de efeito jurídico decorrente de um fato jurídico (*verbi gratia*, a celebração de um contrato), por sua vez decorrente da incidência de uma norma geral (componente do plano material) no respectivo suporte fático; o “ter direito” ao recebimento de determinada quantia pecuniária não corresponde, evidentemente, ao próprio recebimento da quantia em questão: o direito aponta para um estado de coisas cuja concretização corresponde à realização ou efetivação do direito, e é a concretização do estado de coisas o próprio *telos* da tutela desse direito. A entrega ou recebimento da quantia ao titular do direito dá ensejo à correspondência entre o direito e o estado de coisas concretizado na realidade, tornando a norma geral (que prevê tal direito como efeito jurídico decorrente do negócio jurídico-contratual), nesse caso, eficaz, no sentido de que tal norma se mostrou efetiva, ao ser concretizado o estado de coisas. Se tal direito é objeto, em estado de afirmação, de uma “demanda de tutela jurisdicional” (em face da ausência da correspondência aludida), e acaba sendo reconhecido ou declarado judicialmente como pertencente àquele que disse ser seu titular, a autoridade aplicadora emitirá uma norma individual na forma “o sujeito X deve pagar a quantia Q para o sujeito Y”. Essa norma, configurada por seu conteúdo eficaz, irradia efeitos jurídicos distintos dos efeitos jurídico-materiais (que inclui o próprio direito subjetivo de crédito) irradiados pelo fato jurídico-contratual. Novamente, esse efeito jurídico-processual, considerado em si mesmo, não corresponde ao próprio recebimento da quantia Q pelo sujeito Y: o efeito em questão aponta para um estado de coisas cuja concretização corresponde à sua realização - a efetivação do efeito jurídico -, e é a concretização do estado de coisas o próprio *telos*, no âmbito do plano processual, da tutela jurisdicional. O recebimento da quantia Q pelo sujeito Y dá ensejo à correspondência entre a norma individual e o estado de coisas concretizado na realidade, tornando tal norma, nesse caso, eficaz, no sentido de que a prescrição normativa mostrou-se efetiva, ao ser concretizado o estado de coisas respectivo.

A correspondência entre prescrição normativa - ora geral, ora individual - e estado de coisas real mostra-se essencial à compreensão da distinção e da relação entre tutela material e tutela jurisdicional, assim como se mostra essencial à compreensão da dogmática jurídica como metalinguagem do direito (e da processualística como metalinguagem do direito processual civil): o conteúdo de uma prescrição normativa não trata de representar como é o mundo, e sim como deve ser o mundo; enquanto as asserções são aptas para serem verdadeiras ou falsas, as prescrições estão em condições de serem eficazes ou ineficazes (eficazes se o mundo chega a ser da maneira que elas estabelecem ou ineficazes em caso

contrário). O comando judicial “o sujeito X deve pagar a quantia Q para o sujeito Y” é eficaz quando ocorre a ação em questão (quando o destinatário do comando realiza o pagamento da quantia), ou seja, quando a proposição expressa pela asserção “o sujeito X realizou o pagamento da quantia Q ao sujeito Y” for verdadeira. Disso exsurge uma relação conceitual entre verdade e eficácia (como correspondência), que serve de marco explanatório à função social da dogmática jurídica em geral, e da processualística em particular, em virtude da relação entre eficácia geral do sistema jurídico e as condições de verdade dos enunciados assertórico-jurídicos, bem como em virtude da imprescindibilidade dos enunciados de eficácia, de cuja verdade, como visto, depende a análise da relação entre tutela material e tutela jurisdicional.

8.2 COMENSURABILIDADE E MODELOS DOGMÁTICOS

A transposição entre eficácia jurídica e eficácia extrajurídica (efetividade, ou correspondência entre prescrição normativa e estado de coisas real) é o ponto central a partir do qual se destaca a função social da dogmática (como conhecimento atinente a um domínio determinado de discurso, o domínio jurídico). Em outros termos, é o ponto a partir do qual - ponto de transposição entre causalidade jurídica e causalidade *tout court* - se reconhece o valor específico deste tipo de conhecimento. Esta transposição está associada à imputação subjetiva como postulado funcional, consoante anteriormente exposto (o sujeito de direito como categoria central para imputação de direitos, deveres, obrigações, pretensões, sujeições, faculdades, poderes, ônus e responsabilidades). Em relação à processualística - como metalinguagem atinente ao domínio jurídico-processual -, sua função social especifica-se à luz da relação entre tutela material e tutela jurisdicional, porquanto desta relação exsurge o valor específico (importância ou relevância) da disciplina dogmático-processual como um tipo de conhecimento ou atividade intelectual. Tal particularidade pode ser vislumbrada a partir da seguinte tese (“tese do valor-de-comensurabilização”):

(TVC): a função social da processualística decorre do “valor-de-comensurabilidade” dos modelos dogmáticos por ela construídos: tais modelos, à luz de suas funções específicas e dos seus postulados de construção (incluindo a configuração de uma tecnologia própria), intentam promover a comensurabilização entre o(s) valor(es)

subjacente(s) às tutelas materiais dos direitos e aquele(s) subjacente(s) às tutelas jurisdicionais.³⁵⁰

O valor da processualística como metalinguagem decorre desta comensurabilização ao nível da linguagem-objeto, associada à unidade da ordem jurídica a partir da relação entre a Constituição e a dimensão social das normas jurídicas. À luz de TVC, a decidibilidade identifica-se como racionalidade prático-instrumental. Entretanto, a autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional não se exaure em tal modalidade de racionalidade: a autoridade da razão dogmática inclui a racionalidade epistêmica (incluindo, portanto, a verdade como objetivo epistêmico).³⁵¹ A associação entre decidibilidade como racionalidade prático-instrumental e relevância da verdade como objetivo epistêmico (racionalidade epistêmica), outrossim, corrobora a relação conceitual entre verdade e eficácia, supra apontada (como marco explanatório à função social da dogmática jurídica em geral).

Consoante declinado, a comensurabilização dá-se entre os valores subjacentes às tutelas materiais e às tutelas jurisdicionais; as categorias jurídico-eficaciais (notadamente, a posição jurídica e o direito subjetivo) servem como intermediários conceituais entre os valores e as técnicas concebíveis para promovê-los ou implementá-los, promoção cuja representação corresponde a determinado estado de coisas concretizado na realidade empírica. Tal particularidade pressupõe a distinção entre os dois momentos de utilização das

³⁵⁰ Aduz Andrei Marmor: “the incommensurability of values consists in the fact that there are certain evaluative comparisons in which it is not true that A is better than B, and not true that A is worse than B, and not true that A is equal to or on par with B. That is typically so because A and B are mixed goods, composed of numerous evaluative dimensions, and they makes an all-things-considered judgment possible”. MARMOR, Andrei. *Philosophy of law*. Princeton: Princeton University Press, 2011. p. 107. A respeito da discrepância ou conflito entre os valores subjacentes aos direitos substantivos e aos subjacentes às tutelas jurisdicionais, registra Daniel Friedmann: “complete harmony between a conduct rule [norma material] and a decision rule [norma atinente à tutela jurisdicional] can sometimes be maintained, but in other instances they can may well diverge. The discrepancy between the two categories is likely to result from a conflict of values, which may require a broadly defined conduct rule while the decision rule needs to be more narrowly structured. In other words, the policy considerations underlying conduct rules are not necessarily identical to those underlying decision rules. Consequently, a conduct rule can prohibit a certain act, yet the decision rule may direct the official to condone it in certain circumstances. [...] It means in essence that the policy considerations relating to the appropriate remedy [tutela jurisdicional] are not necessarily identical with the considerations supporting the right [direito substantivo], which the remedy in meant to protect. It is therefore not surprising that rights and remedies do on occasion diverge. The reason is obvious. The rules defining rights and obligations (sometimes described as ‘primary’ duties and obligations) provide general conduct guidelines that apply in ordinary everyday situations. The remedies deal with situations that arise after a primary duty has been breached or in which a benefit or an entitlement has been transferred or acquired in circumstances that give rise to a duty to restore it. These situations are exceptional in the sense that they are not expected to occur, since the public is expected to observe the primary duties and obligations. Hence, while primary duties and obligations are concerned with everyday conduct, remedies deal with ‘accidents’ that occur when the everyday rules are not followed or when because of a mishap a transfer or acquisition is reversible”. FRIEDMANN, Daniel. Rights and remedies. In: COHEN, Nili et al. (Ed.). *Comparative remedies for breach of contract*. Portland: Hart Publishing, 2005. p. 13-14.

³⁵¹ Vide Capítulo 6, 6.3, onde se expõe o modelo cognoscitivista do processo judicial, em cujo âmbito a verdade coloca-se como objetivo epistêmico (ou cognitivo) - objetivo primário, porém não absoluto - não apenas em relação aos enunciados fáticos, mas também em relação aos enunciados jurídicos.

normas jurídicas: ora como guias diretivos da conduta e ora como critérios de valoração da conduta (distinção associada com a própria separação entre os planos da ordem jurídica, conforme anteriormente exposto). O ponto pode ser ilustrado com os seguintes enunciados exemplificativos: a) a personalidade é um bem (no sentido de ser algo valioso); b) não se deve lesionar (ou violar) a personalidade; c) está proibido lesionar (ou violar) a personalidade; e d) o juiz deve emitir uma norma individual cujo conteúdo eficaz corresponda a uma tutela jurisdicional (resultado da atividade judicial) em favor daquele que sofreu ou está sofrendo (ameaça de) lesão (ou violação) em sua personalidade, de molde a promover o valor a ela (personalidade) conferido, a partir da concretização de determinado estado de coisas real. O enunciado (a) expressa um juízo de valor - que serve de fundamentação ao direito de personalidade (como razão ou fundamento do direito em questão) -, cuja formulação adquire um grau maior de concreção no enunciado (b). Os enunciados (c) e (d) expressam prescrições com destinatários distintos: os cidadãos em geral em relação ao (c) e os juízes em relação ao (d). Do enunciado (c) pode-se inferir a existência de um direito subjetivo, associado, no plano material, a uma tutela correspondente, justificada, por seu turno, pela realizabilidade do valor que lhe é subjacente (a razão ou fundamento do direito tutelado). Por seu turno, à tutela jurisdicional aludida pelo enunciado (d) subjaz um valor; a realizabilidade do valor subjacente à tutela material - tutela que está em relação de implicação com o enunciado (c) - depende da sua comensurabilidade com o valor subjacente à tutela jurisdicional (que não é, portanto, o valor da personalidade, e sim um valor próprio ao plano processual, valor este que se encontra em relação de comensurabilidade com aquele).

Assim, se o conceito de tutela jurisdicional presta-se a designar o “resultado da atividade jurisdicional - assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material - em favor do vencedor” (ou o “resultado final do exercício da jurisdição estabelecido em favor de quem tem razão”,³⁵² aquele que está respaldado no plano material do ordenamento), não há como tal resultado substancial ser proporcionado ao titular de uma posição jurídica de vantagem (a partir da irradiação de efeitos aptos à tutela de todo e qualquer direito do plano material) sem o delineamento de modelos dogmáticos de resultados (hipotéticos) cujas representações de estados ideais de coisas mostrem-se idôneos à concretização em estados reais de coisas (realizabilidade). Esta concretização não se torna possível sem a comensurabilização entre

³⁵² YARSHELL, Flavio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: DPJ, 2006. p. 24. No ponto, aduz o autor que “na passagem da atipicidade da garantia da ação para a tipicidade do direito material, é preciso extrair do sistema processual modelos aptos à ligação de um e outro”.

o(s) valor(es) subjacente(s) às tutelas materiais dos direitos e aquele(s) subjacente(s) às tutelas jurisdicionais. Ademais, é a partir desta modelagem dos resultados hipotéticos que a processualística exerce o controle da atividade do juiz e da função jurisdicional.

Nesse contexto, a tutela jurisdicional, em virtude de sua vinculação com a tutela material, dirige-se (a) contra o ilícito (transgressão de um dever substancial) e a lesão correspondente, (b) para a prevenção do ilícito e/ou da correspondente lesão, ou (c) para a prevenção do agravamento da lesão, intentando proteger a posição jurídica subjetiva material a que corresponde um dever ou obrigação. Dentre os exemplos de tutela contra o ilícito e a lesão correspondente,³⁵³ o enunciado dogmático na forma “a tutela condenatória destina-se a reparar os danos decorrentes do dano material ou moral” compreende-se, à luz de TVC, como uma modelagem - tecnologia para operacionalização de valores - que comensurabiliza o valor subjacente à tutela material (tutela do direito à reparação por danos) com o valor subjacente à tutela jurisdicional (tutela condenatória), como resultado cuja representação de um determinado estado ideal de coisas (no caso, a tutela do direito) mostre-se idôneo à concretização em um estado real. Em outras palavras, trata-se da realizabilidade do valor subjacente à tutela material a partir de sua comensurabilização com o valor subjacente à tutela jurisdicional. A função social da processualística decorre, pois, do valor-de-comensurabilidade dos modelos dogmáticos, que conformam uma metalinguagem com função racionalizadora do material normativo (linguagem-objeto). O mesmo pode ser afirmado em relação aos seguintes enunciados dogmáticos (ainda como exemplos de tutela contra o ilícito e a lesão correspondente):³⁵⁴ “a tutela executiva destina-se à realização prática da condenação (em caso de ausência de satisfação voluntária do comando sentencial pelo condenado)”; “a tutela declaratória destina-se a dar certeza a determinada relação jurídica posta em dúvida (violação do dever de respeitar o direito de outrem)”; “a tutela desconstitutiva destina-se a nulificar ou anular negócio jurídico (nulo ou anulável)”; “a tutela mandamental destina-se a reintegrar funcionário público afastado do cargo sem o devido processo administrativo”; “a tutela mandamental destina-se ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” e “a tutela executiva destina-se a reintegrar o injustamente esbulhado na posse do imóvel”. Do mesmo modo, os exemplos de tutela de prevenção do ilícito e/ou de lesão, nos seguintes enunciados dogmáticos: “a tutela mandamental destina-se a impedir ato ilícito de qualquer espécie (o titular da marca comercial quer inibir o uso de sua marca,

³⁵³ Exemplos contidos em OLIVEIRA, 2008, p. 97.

³⁵⁴ Como se pretende deixar assentado, os enunciados dogmáticos em questão são exemplos de correlações entre tutela material e tutela jurisdicional.

independentemente de lesão)” e “a tutela mandamental destina-se a impedir ofensa à honra (prevenção do ilícito e da lesão a direito de personalidade)”. Ainda, os exemplos de tutela de prevenção do agravamento de lesão, nos enunciados dogmáticos: “a tutela executiva destina-se à apreensão de remédio falsificado, já distribuído às farmácias e consumido por alguns compradores” e “a tutela mandamental ou executiva (conforme o caso) destina-se a impedir a continuação de poluição industrial”.

A generalização dos exemplos aludidos conforma a modelagem dogmática formada pelos seguintes enunciados:

- (a) “a tutela declaratória tem por finalidade certificar a existência de determinada relação jurídica, emprestando-lhe certeza”;
- (b) “a tutela condenatória tem por finalidade satisfazer a obrigação de pagar”;
- (c) “a tutela constitutiva tem por finalidade satisfazer os direitos potestativos”;
- (d) “a tutela mandamental tem por finalidade satisfazer as obrigações de fazer e não fazer e os deveres de abstenção”; e
- (e) “a tutela executiva tem por finalidade satisfazer as obrigações de dar e os deveres de restituir”.³⁵⁵

Assim, a tutela jurisdicional declaratória encontra-se em relação de adequação com o direito material atinente à certificação de (in)existência de relação jurídica (ou certificação de falsidade ou ausência de autenticidade documental), cujo comportamento esperado do vencido na demanda é passivo (respeito ao preceito contido na norma individual), e a realização prática dá-se de modo auto-satisfativo (“sentença prescritiva”). A tutela jurisdicional constitutiva encontra-se em relação de adequação com os direitos potestativos e, do mesmo modo, o comportamento esperado do vencido é passivo (respeito ao preceito, com realização prática auto-satisfativa). A tutela condenatória, por sua vez, encontra-se em relação de adequação com a obrigação de pagar, e o comportamento esperado do vencido é ativo (pagar a dívida) que, em não ocorrendo, rende ensejo à realização prática por meio de execução forçada a partir das técnicas de sub-rogação (atuantes no patrimônio do obrigado ou daquele que se encontra sob sujeição).³⁵⁶ A tutela mandamental encontra-se em relação de adequação, no que tange ao plano material, com a obrigação de fazer e de não fazer e com os deveres absolutos, e o comportamento esperado do vencido é ativo (cumprir a obrigação ou o dever); a realização prática dá-se por meio de execução indireta, a partir de técnicas coercitivas

³⁵⁵ OLIVEIRA, 2008, p. 140.

³⁵⁶ A execução forçada inclui-se dentre as chamadas “providências patrimoniais”, que se distinguem das “providências pessoais” (como a prisão civil por dívidas e a multa cominatória).

(atuante na vontade do obrigado ou daquele que se encontra sob sujeição) que conduzam a resultado prático equivalente. Por fim, a tutela executiva encontra-se em relação de adequação, no que tange ao plano material, com a obrigação de dar e os deveres de restituição (ou, ainda, a obrigação de prestar declaração de vontade), e o comportamento esperado do vencido é ativo (cumprir a obrigação ou o dever); a realização prática dá-se por meio de execução forçada a partir das técnicas de sub-rogação.³⁵⁷

Nesses moldes, se a tutela jurisdicional não se confunde com o ato sentencial, tampouco com a decisão do juiz (como definição da controvérsia, que se dá conforme os poderes que a ordem jurídica concede ao órgão judicial para o exercício de sua função), ela se identifica com o valor decorrente ou resultante da decisão, e “as consequências desse valor no plano social, com a respectiva interferência no mundo fático: o jurídico que se realiza ou tende a se realizar não se manifesta apenas endoprocessualmente, mas, sobretudo, na esfera social, no mundo da vida”.³⁵⁸ Essa é a razão pela qual a função social da processualística revela-se à luz do valor-de-comensurabilidade dos seus modelos dogmáticos, uma vez que o valor resultante da decisão judicial ostenta realizabilidade prático-social a partir da comensurabilização entre o(s) valor(es) subjacente(s) às tutelas materiais dos direitos e aquele(s) subjacente(s) às tutelas jurisdicionais, como exposto. O ponto elucidado, ademais, a relação entre função social e aquilo que Tercio Sampaio Ferraz Jr. conceitua como “criptonormatividade” da dogmática (distinta da normatividade própria do direito): os modelos dogmáticos em geral, e os dogmático-processuais em especial, funcionam como marco normativo a partir do qual se avalia a correção jurídica da atividade decisório-judicial (conforme se pode constatar, por exemplo, pelos próprios termos da formulação do enunciado

³⁵⁷ Essa modelagem dogmática funda-se na premissa de que a tutela material (eficácia e efeitos jurídicos de conteúdo material) - ressarcitória, restitutória, inibitória, de remoção do ilícito, etc. - mostra-se abstrata, prevista para o geral das espécies. A cada tutela material (ressarcitória, restitutória, de remoção do ilícito, etc.) deve corresponder, no plano processual, de modo concreto, uma tutela jurisdicional adequada (eficácia e efeitos jurídico-processuais), conforme as normas próprias deste plano. Daí a configuração da tutela declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva. Segue-se que “o resultado deve ser adequado ao direito material trazido à consideração do juiz, e à eficácia material correspondente, respeitado o princípio dispositivo em sentido material, implicando acolhimento ou desacolhimento da demanda. O acolhimento depende dos pressupostos de direito material e processual estabelecidos para tanto (reconhecimento do direito, realização de prova suficiente, etc.). O resultado favorável deve conduzir à plena satisfação do direito em litígio”. OLIVEIRA, 2008, p. 17. Assim, *verbi gratia*, não há uma efetiva tutela do adimplemento na forma específica sem as tutelas mandamental e executiva, do mesmo modo que não é concebível, p. ex., uma efetiva tutela inibitória prestada pela tutela condenatória.

³⁵⁸ OLIVEIRA, 2008, p. 73. O ponto destaca o que foi delineado a respeito da relação (horizontal) entre a tutela material e a tutela jurisdicional à luz da relação (vertical) entre o plano constitucional e a dimensão social das normas jurídicas. Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, por seu turno, destacam que a relação entre tutela material e tutela jurisdicional exige uma “construção dogmática capaz de dar conta das diferentes necessidades de tutela dos direitos, tomando em consideração suas peculiaridades e características, e, principalmente, o papel que pretendem cumprir na sociedade”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 2. p. 428.

dogmático “o resultado da decisão judicial deve ser adequado à eficácia material correspondente”³⁵⁹ e, conseqüentemente, funcionam como pautas de controlabilidade das decisões judiciais, particularidade que autonomiza a razão dogmática e funda sua autoridade no domínio da tutela jurisdicional.

TVC assume, portanto, como imprescindível a adequada categorização das tutelas materiais (fundada, por seu turno, na categoria dos direitos subjetivos e, por conseguinte, na distinção entre efeitos jurídicos e fatos jurídicos): (a) a tutela inibitória destina-se a impedir a prática de um ilícito (que não se confunde com dano), sua repetição ou continuação; ela pode ser negativa (impedir ilícito comissivo) ou positiva (impedir ilícito omissivo), individual ou coletiva (proteção de direitos transindividuais). A tutela inibitória pode ser prestada por meio de coerção indireta (atuação na vontade do demandado) ou por meio de execução direta (“tutela inibitória executiva”, quando, por exemplo, se designa um interventor ou administrador provisório para, no âmbito de uma empresa, evitar a prática de determinados atos). Pode, ainda, configurar-se como tutela inibitória do inadimplemento (impedir descumprimento obrigacional que ocorre por meio de atos ou omissões suscetíveis de repetição no tempo); (b) a tutela de remoção do ilícito (ou reintegratória) visa a remover ou eliminar o ilícito (a causa do dano), não visando a ressarcir o prejudicado pelo dano; esta tutela destina-se, portanto, a evitar a continuação dos efeitos do ilícito continuado; (c) a tutela específica da obrigação inadimplida ou cumprida de modo imperfeito destina-se a assegurar o cumprimento da prestação obrigacional quando ela ainda pode ser exigida (apesar do inadimplemento ou do cumprimento imperfeito). A tutela pode ser, ainda, específica do cumprimento de dever legal de fazer; (d) a tutela ressarcitória na forma específica destina-se a ressarcir o prejudicado com o dano mediante a entrega de uma coisa ou com a prestação de

³⁵⁹ Ou pelo enunciado “o processo deve se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material. De modo que, entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação; [...] quando se indaga sobre a efetividade do processo já se identificou a forma de tutela prometida pelo direito material, restando verificar se as técnicas processuais são capazes de propiciar a sua efetiva prestação”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 246. O autor ressalta que a relação de adequação entre técnica processual (meio) e tutela dos direitos (finalidade ou resultado) reflete uma “postura dogmática preocupada com as posições jurídicas protegidas e com as formas de tutela necessárias para lhes dar proteção - e não mais apenas com as normas atributivas de direitos”, proporcionando uma “análise crítica da ação e do processo, mediante a verificação da idoneidade das técnicas processuais para prestar as formas de tutela prometidas pelo direito material”. MARINONI, loc. cit. Importante destacar a diferença, no plano do direito material, entre o âmbito das normas atributivas de direitos e o âmbito da esfera das tutelas, “local em que se encontram as formas de tutela ou de proteção que os direitos reclamam quando são violados ou expostos à violação”. Essas “formas de tutela são garantidas pelo direito material, mas não equivalem aos direitos ou às suas necessidades. É possível dizer, considerando-se um desenvolvimento linear lógico, que as formas de tutela estão em um local mais avançado: é preciso partir dos direitos, passar pelas suas necessidades, para então encontrar as formas capazes de atendê-las”. *Ibidem*, p. 244.

uma atividade (ou prestação de fato), adequada para eliminar as consequências danosas do fato lesivo, não bastando, portanto, apenas restabelecer a situação anterior ao dano, sendo necessário estabelecer a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido; (e) a tutela pelo equivalente monetário ocorre nos casos em que, ocorrido o dano ou o inadimplemento, se mostrarem impossíveis as tutelas ressarcitória na forma específica ou a tutela do adimplemento na forma específica; (f) a tutela de imissão na posse de coisa móvel funda-se no direito à posse, e não no contrato (que outorga apenas o direito ao cumprimento de uma obrigação de entrega de coisa móvel), não dependendo, portanto, do cumprimento de uma prestação obrigacional; (g) a tutela de imissão na posse de coisa imóvel protege o direito de haver a posse de coisa imóvel contra aquele que se obrigou a transferi-la; (h) a tutela reivindicatória destina-se à proteção do direito do proprietário sem posse em relação ao possuidor não proprietário; (i) a tutela de reintegração de posse protege o possuidor - tutela fundada na posse - contra aquele que cometeu esbulho; e (j) a tutela de restituição da coisa que depende da desconstituição de contrato destina-se à recuperação de coisa a partir de um fundamento justificador da desconstituição ou resolução da relação contratual, à vista do qual se deu a prestação da coisa em questão.³⁶⁰

Conforme destacado, a comensurabilização - como espécie de racionalização - promovida pelos modelos dogmáticos ocorre à luz da relação entre racionalidade prático-instrumental e racionalidade epistêmica. Nesse contexto, a racionalidade instrumental pode ser sintetizada consoante a seguinte formulação:

(RI): se você quer que se realize uma situação X e crê, de acordo com os dados de que dispõe, que o meio mais eficaz para a consecução de X é uma outra situação Y, deve ter por objetivo racional a consecução de Y.

A racionalidade instrumental, portanto, não implica acordo quanto à valiosidade ou desejabilidade de X, mas deve restar assentado que a consecução de Y é o melhor meio para a consecução de X. Significa dizer: a racionalidade instrumental não exige um juízo sobre a desejabilidade dos fins e, por isso, não acarreta a necessidade da assunção de compromissos substantivos com determinados valores. Assim, para se avaliar a afirmação de que

³⁶⁰ MARINONI; ARENHART, 2007, p. 435. A taxonomia delineada não tem pretensão de exaustividade; intenta-se apresentar uma modelagem adequada para os propósitos expositivos. A respeito do tema, assinalam os autores: (i) a tutela específica é o gênero do qual fazem parte várias espécies de tutelas, como a inibitória; (ii) tais tutelas não se confundem com as técnicas processuais instituídas para sua adequada prestação, tampouco se confundem com as sentenças; (iii) a tutela específica tem como oposto a tutela pelo equivalente, que pode ser tutela pelo equivalente ao valor do dano ou tutela pelo equivalente ao valor da obrigação inadimplida; e (iv) a tutela pelo equivalente não se confunde com a tutela prestada em dinheiro, uma vez que a tutela da obrigação de pagar inadimplida, embora prestada em dinheiro, é específica.

determinada ação ou decisão é racional, julga-se esta ação ou decisão segundo a sua capacidade de contribuir para a realização dos objetivos em presença. A racionalidade instrumental - como decidibilidade - envolve uma noção normativa da eficácia dos meios em relação aos fins.

Nessa ordem de ideias, quando os objetivos em questão são a aquisição de verdades (informativas) e a evitação do erro (como ocorre em todas as formas de investigação em geral), a racionalidade é informada por critérios epistêmicos (diferenciando-se, portanto, das formas de racionalidade não-epistêmica, que se distinguem consoante a espécie de objetivo que se tem em vista, como, por exemplo, moral ou estético). Nesses moldes, embora os critérios de racionalidade não sejam sempre epistêmicos, a racionalidade epistêmica mostra-se essencial às formas de racionalidade não-epistêmica. No caso da racionalidade informada pelo imperativo da decidibilidade jurídica, a pessoa ou agente que busca tal racionalidade deve, pelo menos nas condições habituais, aspirar à formação de crenças epistemicamente racionais acerca dos meios de realização dos objetivos (as variáveis X e Y da formulação supra) em questão.³⁶¹ Ou seja, as crenças relativas à consecução dos objetivos X e Y devem ser racionais ou racionalizáveis quando avaliadas à luz da meta epistêmica de conhecer a verdade - informativa e relevante quanto ao tema objeto de deliberação - e evitar a falsidade.

À luz do exposto, o problema da decidibilidade (bem assim da controlabilidade ou determinabilidade das condições de racionalidade e justificação das decisões judiciais) para a dogmática processual pressupõe a estabilização de condições de verdade de enunciados na forma “o(a) (ameaça de violação ao) direito subjetivo da classe X, tutelado materialmente consoante a modalidade Y, tutela-se jurisdicionalmente pela modalidade Z (declaratória e/ou constitutiva e/ou condenatória e/ou mandamental e/ou executiva),³⁶² implementada mediante as técnicas processuais W e T, implementação que resulta no estado de coisas K”,³⁶³ que, por sua vez, pressupõe a estabilização de condições de verdade de outros enunciados (de

³⁶¹ Nesse sentido, “what beliefs are supposed to do is represent how things are so that we might rely on them for the purpose of deliberation”. LITTLEJOHN, Clayton. *Justification and the truth-connection*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 238. Semelhantemente: “[...] practical reasons thus possess a pronounced relativity depending entirely on the knowledge we have or deem sufficient to guide our actions towards our personal ends. And it is this very practicality of practical reasons, always concerned with what we need to do, that makes us speak of them as ‘right’ or ‘wrong’ rather than as ‘true’ or ‘false’, although truth and falsehood always remain in the background as the final arbiters of the success or failure of our means”. STOLJAR, Samuel. *Moral and legal reasoning*. London: Macmillan, 1980. p. 3.

³⁶² Frise-se que as tutelas jurisdicionais não ocorrem de modo a uma modalidade excluir a outra em determinada hipótese concreta; ocorre que uma delas se dá de modo preponderante em relação às demais.

³⁶³ Ou, em outros termos: TVC diz com a estabilização de condições de verdade de enunciados jurídicos de correlação entre direitos subjetivos e tutelas jurisdicionais: “o direito subjetivo da classe A é tutelado por meio da tutela jurisdicional na modalidade B, associada às técnicas de tutela C e D”.

metalinguagem), especialmente dos enunciados de eficácia dos meios ou técnicas em relação aos resultados ou fins (assimiláveis às tutelas dos direitos), particularidade que revela a relação conceitual existente entre verdade e eficácia, anteriormente aludida.

A estabilização de condições de verdade dos enunciados jurídicos de correlação entre direitos e tutelas dá-se a partir da comensurabilização entre os valores da tutela material e os da tutela jurisdicional, que implica um compromisso substantivo com determinados valores. Este é o motivo pelo qual a autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional inclui tanto a racionalidade prático-instrumental como a racionalidade epistêmica. A racionalidade instrumental, partindo dos compromissos substantivos quanto a determinados valores, serve à formulação de “instrutivos técnicos” para realizar tais valores; tais instrutivos funcionam como critérios que permitem justificar externamente a eleição das normas e sua integração em um silogismo prático conforme a estrutura: (a) premissa maior: se se pretende ou deseja realizar o fim X deve seguir-se a norma N; (b) premissa menor: se se pretende ou deseja realizar o fim X; logo, (c) conclusão: deve seguir-se a norma N. No antecedente da norma técnica descreve-se o fim que se pretende atingir, e no conseqüente prescrevem-se os meios técnicos para realizar tal fim. A norma técnica, assim, assinala uma “necessidade prática”; essa necessidade implica que se deve ou que se tem que realizar certa ação. A falta de realização da ação determinada implica a não-realização do fim pretendido. Nesses moldes, a racionalidade instrumental associa-se com a crença segundo a qual existem meios técnicos ou empíricos para “colocar à prova” as normas nela (crença) apoiadas. A racionalização dogmática, no que tange à formulação de enunciados em termos de normas técnicas, pressupõe a verdade da proposição anankástica subjacente às normas em presença. O “êxito” ou efetividade na realização do fim proposto depende, portanto, da verdade da proposição anankástica.³⁶⁴ (O “êxito”, assim, pode, ele próprio, ser visto como um critério de controle racional). Disso decorre conclusão no sentido de que não apenas os enunciados jurídicos existenciais ou de validade (asseverativos acerca da existência ou da validade de determinada norma jurídica, respectivamente) podem ser verdadeiros ou falsos, mas também os enunciados jurídicos acerca daquilo que tem que ser ou pode ser feito aos efeitos de seguir-se aquilo que determina(s) norma(s) regula(m).

³⁶⁴ Proposição anankástica identifica-se com o conteúdo de um enunciado indicativo de que algo é (ou não é) uma condição necessária para outro algo. Assim, as normas técnicas distinguem-se das proposições anankásticas, existindo uma relação (ou pressuposição) lógica entre ambas.

8.3 APLICABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

A explanação acerca da função social da processualística como construção da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos completa-se com o conceito de aplicabilidade das normas jurídicas, que harmoniza a característica da normatividade e institucionalidade do direito com a sua reconstrução holístico-sistemática, bem como permite o adequado tratamento da distinção entre identificação e aplicação (e justificação) judicial das normas. Destarte, é da harmonização entre institucionalidade e sistematização que decorre a essencialidade da dogmática em geral, e da dogmática processual em particular para o delineamento de critérios de correção jurídica.³⁶⁵ Ademais, o conceito de aplicabilidade relaciona-se diretamente com a estabilização das condições de verdade dos enunciados jurídicos, à vista do postulado acerca da incondicionalidade da incidência em relação à aplicação judicial das normas jurídicas. (Somente a partir da incondicionalidade pode-se delinear o conceito de aplicabilidade das normas jurídicas). Ainda, é de crucial valor explanatório para o fenômeno jurídico em geral a diferenciação entre aplicabilidade e aplicação judicial das normas jurídicas. No ponto, vale frisar que a reconstrução sistemática do direito ostenta primazia conceitual em relação à força institucional das normas jurídicas, uma vez que esta última propriedade somente pode ser atribuída sobre a base dos critérios de aplicabilidade pertencentes ao sistema jurídico, critérios estes dependentes da reconstrução sistemática. Nesse sentido, a autoridade da razão dogmática manifesta-se em duas dimensões: (a) quando da reconstrução sistemática do material jurídico, realizada com o propósito de tornar explícito o conteúdo conceitual de um determinado conjunto de normas, explicitando, pois, todos os pressupostos e compromissos adotados por determinada autoridade normativa (destaque-se, no ponto, que a identificação das normas do sistema não se confunde com a atribuição de força vinculante a estas normas); e (b) quando da reconstrução sistemática do direito para fins de subministrar os critérios para determinar o conjunto de normas que apresentam força institucional: neste caso, a pressuposição é no sentido da relevância das normas jurídicas para a justificação das decisões institucionais no âmbito da aplicação judicial do direito.

Nesse contexto, a primeira consideração a ser feita é que a verdade de um enunciado jurídico não é função exclusiva da pertinência de uma norma a um sistema jurídico; a

³⁶⁵ Conforme exposto, o delineamento de critérios de correção jurídica no âmbito da tutela jurisdicional associa-se ao valor-de-comensurabilidade dos modelos dogmáticos construídos pela processualística.

qualificação jurídica de uma ação ou conduta pode depender de outras circunstâncias. Por exemplo, cite-se uma situação em que uma norma N1 é aplicável a certo caso quando existe outra norma N2 no sistema jurídico que impõe aos juízes o dever de aplicar N1 ao caso em questão. Em contraponto a esta situação, pode-se fazer referência ao fato de que determinada norma regula certo caso, ou seja, este caso enquadra-se no campo de significação da norma. Quanto à primeira situação, o conceito em questão é o de aplicabilidade externa; quanto ao enquadramento no campo significativo, o conceito em presença é o de aplicabilidade interna da norma jurídica.

Assim, aplicabilidade externa das normas jurídicas define-se nos seguintes termos:

(AE): uma norma N1 é externamente aplicável em um tempo T a um caso individual c, que é uma instância do caso genérico C, se, e somente se, outra norma N2, pertencente ao sistema jurídico S do tempo T, obriga o julgador a aplicar N1 aos casos individuais que são instâncias de C. (O conceito de aplicabilidade externa, pois, denota uma relação triádica entre duas normas, N1 e N2, e um caso c).

A aplicabilidade externa, assim, ostenta as seguintes características:³⁶⁶ (a) vincula a aplicabilidade das normas com o modo pelo qual os juízes estão obrigados a atuar no exercício da função judicial; (b) conforme já indicado, implica um compromisso com a reconstrução sistemática do direito: para que determinada norma seja aplicável requer-se a pertinência de outra norma ao sistema; e (c) um enunciado de aplicabilidade externa e sua negação são mutuamente excludentes e conjuntamente exaustivos; no ponto, pode-se denominar enunciado de não-aplicabilidade aquele correspondente à negação de que existe uma norma N2 impositiva aos juízes da obrigação de aplicar a norma N1 em um caso c. Por outro lado, uma norma N1 é externamente inaplicável em um caso c quando aos juízes é proibido, em virtude de outra norma N2, aplicar N1 em c. Assim, em casos de conflitos normativos, uma mesma norma pode ser externamente aplicável e inaplicável ao mesmo caso: pode ocorrer que em determinado sistema jurídico S resulte obrigatório aplicar uma norma N1 de acordo com uma norma superior N2 e, ao mesmo tempo, que resulte proibido aplicá-la de acordo com outra norma N3. Uma norma pode, também, não ser nem externamente aplicável nem externamente inaplicável a respeito de um caso, na hipótese de não existir qualquer norma do sistema jurídico da qual exsurja seja a obrigação seja a proibição de aplicá-la. A aplicabilidade externa e a inaplicabilidade externa não são, portanto, noções mutuamente excludentes nem conjuntamente exaustivas.

³⁶⁶ SUCAR, 2008, p. 425.

Se N é uma norma externamente aplicável e, além disso, os juízes têm o dever conclusivo de aplicá-la para efeitos de justificar sua decisão em determinado caso, pode-se dizer que a norma N é estritamente aplicável. Essa especificação conceitual serve para mostrar que uma norma externamente aplicável pode vir a deixar de sê-lo em virtude do disposto por outra norma hierarquicamente superior, à luz da circunstância de que do enunciado “a norma N é externamente aplicável ao caso c no sistema S” não se pode derivar, sem premissas adicionais, o enunciado “os juízes de S têm o dever jurídico conclusivo de justificar sua decisão do caso c com base na norma N”, porquanto o caso c pode estar regulado por mais de uma norma externamente aplicável (normas estas externamente aplicáveis que são selecionadas por critérios de aplicabilidade pertencentes ao sistema como eventuais soluções ao caso em questão, a partir da imposição de uma ordem hierárquica para estabelecer qual decisão deve ser tomada pelos juízes). Desse modo, as normas estritamente aplicáveis são aquelas que os juízes devem levar em consideração no âmbito da justificação decisória, mas, além disso, são aquelas que proporcionam a premissa normativa em que o juiz deve basear sua decisão.

Por sua vez, a aplicabilidade interna define-se nos seguintes termos:

(AI): uma norma N é internamente aplicável a determinado caso c se, e somente se, este caso corresponde a uma instância do caso genérico C regulado pela norma N. (Ao contrário da relação triádica capturada pelo conceito de aplicabilidade externa, a aplicabilidade interna captura uma relação diádica entre uma norma e um caso). “Regulado pela norma N” inclui os âmbitos pessoais (especificação dos sujeitos normativos), temporal, espacial e material (ou real), como circunstâncias contempladas como determinantes para a irradiação da solução normativa (correlacionada ao caso genérico ou suporte fático), ou seja, para a irradiação dos efeitos jurídicos a partir da concretização do fato jurídico (causalidade jurídica).

À luz da distinção entre aplicabilidade externa e interna, pode-se assentar a tese básica a respeito da relação entre ambas as noções:

(TB): uma norma N é internamente aplicável a um caso c se, e somente se, N é externamente aplicável a c. Assim, a aplicabilidade interna de uma norma jurídica é condição necessária e suficiente de sua aplicabilidade externa: as normas jurídicas devem ser aplicadas unicamente aos casos que elas regulam, e que somente as normas que regulam determinados casos devem ser aplicadas em relação a eles.³⁶⁷

³⁶⁷ SUCAR, 2008, p. 428.

A importância do conceito de aplicabilidade (e da distinção entre aplicabilidade interna e externa), além de sua vinculação com a determinação das condições de verdade dos enunciados jurídicos, está em precisar as relações existentes entre o plano do direito material e o plano do direito material. O ponto pode ser ilustrado pelo “caso Dimitri Karamazov”.³⁶⁸ ainda que Dimitri não tenha matado seu pai, as provas produzidas no processo judicial resultaram suficientes para justificar sua condenação por homicídio. O caso individual de Dimitri não era uma instância do caso genérico de homicídio; entretanto, o juiz aplicou a norma que regula o homicídio, uma vez que, conforme as provas produzidas em juízo, essa era a norma que ele devia invocar para justificar sua decisão. O exemplo serve à demonstração de que o processo judicial não pode ser conceitualmente reconstruído como sendo a simples constatação quanto à ocorrência de determinado fato, e se este corresponde ou não a uma instância de um caso genérico de certa norma constante do plano material que se reputa internamente aplicável. A asseveração judicial quanto à existência do homicídio não significa (apenas) uma afirmação a respeito da caracterização de todas as condições necessárias e suficientes para a existência do delito em questão consoante as normas materiais, mas o estabelecimento - à luz das normas processuais, especialmente as normas atinentes à admissibilidade, relevância, carga e valoração das provas - no sentido de que se deve ter por ocorrido o fato em questão. Assim, no caso Dimitri, a falsidade da proposição “Dimitri matou seu pai” (proposição cuja verdade não depende das crenças ou das asserções dos juízes a respeito) não demonstra que uma norma externamente aplicável possa não ser internamente aplicável. A norma material em questão não é internamente aplicável ao caso individual - como fato jurídico, localizado no tempo e no espaço - de Dimitri, que não pode ser confundido com o caso judicial, caracterizado pelo conjunto de circunstâncias que o juiz deve reconhecer como ocorridas no marco do processo (conforme as normas do plano processual, portanto), caso judicial este que pode ou não coincidir com o caso individual correspondente (ou seja, o fato jurídico efetivamente ocorrido em um tempo e lugar determinados). Assim, a norma aplicada para fins de condenar Dimitri é interna e externamente aplicável em relação ao seu caso judicial, mas não é nem interna nem externamente aplicável ao seu caso individual. Trata-se, portanto, de uma hipótese de decisão judicial justificada que, apesar disso, não contém em seu âmbito uma norma individual justificada.³⁶⁹

³⁶⁸ Citado por NAVARRO, Pablo. *Los límites del derecho*. Bogotá: Temis, 2005. p. 69.

³⁶⁹ Configurando, portanto, uma hipótese de erro judicial. No texto se assimila decisão a ato decisório-judicial, que se diferencia da norma individual dela (decisão) - ou dele (ato) - decorrente.

Impende destacar a existência de hipóteses em que mais de uma norma resulta internamente aplicável com relação a um mesmo caso, normas a partir dos quais exsurtem soluções incompatíveis. Assim, na hipótese de genuína contradição normativa, as normas em conflito revelam-se internamente aplicáveis, mas o juiz não pode utilizar ambas como fundamento de sua decisão; caso não exista no sistema pautas indicativas de qual das normas o juiz deva aplicar (critérios de preferência) na hipótese, uma delas não poderá ser considerada, portanto, como externamente aplicável (particularidade que indica, assim, uma hipótese excepcional em que a aplicabilidade interna de uma norma jurídica não é condição suficiente de sua aplicabilidade externa).³⁷⁰

Em conjunto com a tese básica pode-se assentar a tese a respeito da relação entre pertinência ao sistema jurídico e aplicabilidade externa das normas jurídicas:

(TRPA): a aplicabilidade externa de uma norma N não depende da pertinência de N ao sistema jurídico em consideração, porém não é independente da pertinência ao sistema de toda norma (mais precisamente, de outra norma Y): a aplicabilidade externa envolve uma relação triádica entre duas normas (a norma N externamente aplicável e a norma Y em virtude do qual a norma N é externamente aplicável) e um caso. Nesses moldes, a aplicabilidade externa de uma norma é independente de sua própria pertinência ao sistema jurídico, mas não é independente da pertinência da norma que estatui sua aplicabilidade externa. Logo, a pertinência de uma norma N ao sistema jurídico não é condição suficiente, tampouco necessária, para sua aplicabilidade externa a respeito de determinado caso:³⁷¹ a norma N1 não é externamente aplicável em virtude de sua pertinência ao sistema, e sim em decorrência de outra norma N2, impositiva do dever de aplicar N1. É dizer: N2 - que estatui a aplicabilidade de N1 - deve pertencer ao sistema jurídico.

O direito intertemporal (ou transitório) ilustra a TRPA: os juízes, em determinados casos, devem decidir certas controvérsias utilizando normas (internamente aplicáveis) que já não formam parte do sistema jurídico. Como exemplo, os casos de ultra-atividade de normas penais mais benignas: a revogação de tais normas não constitui óbice à sua aplicabilidade externa. Do mesmo modo, as hipóteses do direito internacional privado, quando os juízes invocam normas de direito estrangeiro para fundar suas decisões, normas estas que, portanto, são externamente aplicáveis sem pertencer ao sistema jurídico ao qual o juiz encontra-se

³⁷⁰ SUCAR, 2008, p. 433.

³⁷¹ SUCAR, 2008, p. 435. O exposto no texto demonstra a falsidade do enunciado “uma norma N é externamente aplicável em um caso c, que é uma instância de um caso genérico C, se, e somente se, N regula o caso C, e N pertence ao sistema jurídico”.

vinculado.³⁷² Existem, ainda, as hipóteses em que determinadas normas não pertencem a qualquer sistema da ordem jurídica em decorrência de criação irregular (formal e/ou materialmente), mas, apesar disso, são declaradas aplicáveis por tribunais de hierarquia superior em relação a outros (de hierarquia inferior), em virtude do disposto por outra norma de hierarquia superior àquela declarada inaplicável. Outrossim, pode ocorrer que o dever de aplicar a norma internamente aplicável resulte infirmado pela proibição de aplicá-la decorrente de uma decisão de um tribunal superior, a partir do disposto por uma norma hierarquicamente superior (nessa hipótese, o sistema prevê um critério de preferência normativa). A norma declarada irregular e a norma declarada internamente inaplicável, assim, podem ser consideradas estritamente não-aplicáveis: ainda que em princípio possam ser tidas como externamente aplicáveis, elas não podem ser usadas para justificar uma decisão judicial.

Destarte, a pertinência de uma norma ao sistema não se mostra suficiente para fins de reconstrução das condições de verdade dos enunciados jurídicos, especialmente quando se trata de dar conta do *status* jurídico de determinadas condutas em certas situações particulares:³⁷³ no caso de normas inválidas (que não pertencem a qualquer sistema na sequência de sistemas que integram a ordem jurídica), criadas irregularmente, mas que foram declaradas externamente aplicáveis, ou no caso das normas válidas declaradas inaplicáveis em virtude de determinado critério jurídico de preferência normativa; o caso das normas revogadas que possuem ultra-atividade (ou seja, normas que pertenceram a certo sistema da sequência de sistemas que integram a ordem jurídica, porém não pertencem ao sistema jurídico atualmente em vigor); no caso de normas pertencentes a sistemas jurídicos estrangeiros (hipóteses do direito internacional privado); e no caso de normas contraditórias que, mesmo pertencendo ao sistema jurídico, não podem ser ambas aptas a justificar a decisão judicial (ou seja, não podem ser ambas consideradas, simultaneamente, externamente aplicáveis).³⁷⁴ Impende destacar, ademais, que nem a aplicabilidade interna nem a aplicabilidade externa de uma norma dependem de sua validade no sentido de criação regular

³⁷² Os juízes, em determinadas hipóteses, encontram-se obrigados a aplicar normas que não pertencem ao sistema jurídico correspondente ao momento da aplicação, e outras vezes encontram-se obrigados a não aplicar determinadas normas que pertencem ao sistema jurídico correspondente ao momento da aplicação.

³⁷³ SUCAR, 2008, p. 439.

³⁷⁴ Se uma norma pertence a um sistema jurídico e resulta internamente aplicável a certos casos, tal particularidade constitui, ordinariamente, uma condição suficiente para que os juízes tenham o dever de aplicá-la. A exceção corresponde às hipóteses de contradições normativas, em que existem mais de uma norma internamente aplicável, de modo que nem todas elas possam resultar externamente aplicáveis. A hipótese de *vacatio legis* e a hipótese de suspensão de garantias constitucionais em situações excepcionais (estado de sítio, por exemplo) não são assimiláveis à hipótese de contradições normativas: tanto em uma (*vacatio*) como em outra (suspensão das garantias) as normas em questão não são externamente aplicáveis, porque não regulam os casos por elas previstos, ou seja, porque não são internamente aplicáveis.

de acordo com as pautas fixadas pelo próprio sistema ao qual ela pertença ou por qualquer outro sistema: toda norma necessariamente regulará certos casos de acordo com seu alcance ou campo de significação - com independência quanto à sua criação (ir)regular -, e se outra norma jurídica estabelece sobre os juízes o dever de aplicar a norma em questão a determinados casos, ela resultará externamente aplicável mesmo que não tenha sido criada regularmente. A validade como criação regular não é condição suficiente nem necessária da aplicabilidade interna, tampouco da aplicabilidade externa.

Conforme exposto, os sistemas jurídicos podem proibir a aplicação de certas normas a determinados casos, o que revela a existência, no sistema, de critérios de aplicabilidade inaplicáveis. (Critérios de aplicabilidade são aqueles a partir dos quais decorre a imposição do dever de aplicar certas normas a determinados casos; se, em relação a tais critérios, não existe outra norma que estabeleça o dever de aplicá-los, eles constituem os “critérios últimos de aplicabilidade”).³⁷⁵ As normas externamente inaplicáveis constituem uma espécie do gênero normas externamente não-aplicáveis: a outra espécie consiste na hipótese em que a norma não seja nem externamente aplicável nem externamente inaplicável a um caso *c*, ou seja, não existe outra norma que obrigue ou que proíba aplicá-la em *c*. Trata-se da hipótese dos critérios últimos de aplicabilidade. Aplicar uma norma externamente inaplicável implica a violação da uma norma; aplicar as normas que estabelecem os critérios últimos de aplicabilidade do sistema jurídico não está proibido nem permitido, uma vez que não há outra norma superior que se refira a tais critérios. Os critérios últimos de aplicabilidade, portanto, não são aplicáveis nem inaplicáveis: não existe outra norma superior que exija a aplicabilidade dos critérios últimos. Isso porque a aplicabilidade das normas encerra uma noção relativa (a outras normas), e as normas que impõem os critérios últimos de aplicabilidade não satisfazem as relações normativas características das normas externamente aplicáveis, apesar de conferirem aplicabilidade ao resto das normas (aplicabilidade que se sucede em cadeia normativa) integrantes do sistema jurídico. Significa dizer: uma busca pelo “fundamento de

³⁷⁵ Jorge Rodríguez menciona que, segundo Eugenio Bulygin, os critérios de aplicabilidade consubstanciam diretivas dadas aos juízes, estabelecendo quais as normas que devem ser aplicadas em determinado caso. Tais critérios consubstanciam, portanto, normas que se referem à aplicabilidade de outras normas, ou seja, normas de um nível superior ou meta-normas que impõem deveres aos juízes de aplicar determinadas normas do primeiro nível (ou nível inferior). Conforme Bulygin, assim, os critérios de aplicabilidade cumprem três funções: (a) determinar entre quais normas deve ser efetuada a comparação a fim de estabelecer qual é a norma que resulta aplicável a determinado caso, fixando quais são os momentos temporais relevantes; (b) estabelecer relações hierárquicas - relações ordenadoras, transitivas e assimétricas - entre as normas pertencentes a distintos sistemas de uma mesma ordem jurídica; e (c) impor sobre os juízes o dever de aplicar aquela norma que resulte superior (ou preferencial), em conformidade com as relações hierárquicas estabelecidas. Entretanto, e conforme frisado por Rodríguez, a explanação de Bulygin assimila os critérios de aplicabilidade com normas de conduta; a reconstrução mais adequada é aquela que coloca os critérios de aplicabilidade como critérios conceituais. RODRÍGUEZ, 2002, p. 142.

aplicabilidade dos critérios últimos de aplicabilidade” não deve levar à confusão entre a força institucional das normas jurídicas com sua eventual “força” moral, uma vez que o conceito de aplicabilidade identifica-se com a normatividade exclusivamente jurídica (o sentido a partir do qual a aplicação de uma norma pode ser considerada como juridicamente obrigatória), identificando-se, por conseguinte, como critério de correção jurídica das decisões judiciais.

Nesse contexto, quatro são as hipóteses em que se pode caracterizar uma norma N1 como não aplicável em um caso C: (a) N1 não é aplicável ao caso C quando não existe no sistema outra norma N2 que obriga a aplicar N1 em C; (b) N1 é inaplicável ao caso C quando existe uma norma N2 que proíbe aplicar N1 em C; (c) N1 é inaplicável em sentido derivado ao caso C quando existe uma norma N3 que proíbe usar o critério de aplicabilidade CA, e CA prescreve aos juízes aplicar N1 em C; e (d) N1 é inaplicável ao caso C quando, apesar de ser uma norma aplicável a essa classe de casos, é afastada por outras normas na justificação da decisão de C (trata-se da hipótese da norma estritamente inaplicável). Estas hipóteses servem para ressaltar que determinadas normas são inaplicáveis porque não podem ser utilizadas na justificação de decisões institucionais. Por exemplo, as normas incriminatórias formadas por analogia são expressamente proibidas na resolução de um caso penal. Do mesmo modo, salvo hipóteses excepcionais, as normas morais ou religiosas não podem ser invocadas para a resolução de controvérsias jurídicas. As normas em *vacatio legis*, igualmente, não podem ser invocadas para justificar uma decisão judicial. Em outras hipóteses, quando se afirma que uma norma é inaplicável não se pretende negar que ela poderia servir como marco justificatório decisional, porém a norma em questão não ostenta suficiente importância para justificar a decisão tendo em vista outros critérios de preferência mais relevantes: por exemplo, o critério de aplicabilidade que outorga primazia às normas especiais sobre as normas gerais em caso de conflito normativo. Se N1 é uma norma geral, então deve ser afastada por outra norma especial N2 na justificação da decisão.³⁷⁶ Impende destacar, ademais, que a pertinência a um subsistema de normas aplicáveis também pode depender da competência dos órgãos de adjudicação. Um juiz J em um sistema pode ter a obrigação de

³⁷⁶ Identificar as normas estritamente aplicáveis a um determinado caso não significa unicamente conhecer aquilo que devem fazer os juízes conforme determinados critérios de aplicabilidade, uma vez que pressupõe uma tarefa ordenadora entre os distintos critérios de aplicabilidade subministrados pelo sistema jurídico. À dogmática jurídica incumbe a tarefa de, em casos de conflito normativo, ordenar o conjunto inconsistente e outorgar primazia a determinadas normas conforme determinados critérios, explícitos ou implícitos. Como resultado desta operação conceitual, em geral a dogmática redescreve a situação de conflito normativo como inconsistência *prima facie*. A importância em considerar o sistema jurídico como um conjunto de normas hierarquicamente ordenado consiste em subministrar critérios de solução de conflitos normativos. Isso significa que cada vez que se modifica a ordenação hierárquica se modificam também os critérios de solução de inconsistências, e isto implica a identificação de um diferente subsistema de normas aplicáveis.

aplicar uma norma N1 a um caso C, e em relação a outro juiz pode estar proibido aplicar esta norma a C. Por exemplo, um juiz que resolve um caso de responsabilidade civil não pode aplicar as normas penais, para fins de implementação de consequências jurídico-penais, referidas ao mesmo evento que rendeu ensejo à implementação das consequências jurídico-civis. Em outros termos: se as normas aplicáveis são aquelas que determinado juiz pode ou deve aplicar, então o subsistema de normas aplicáveis também se determina em função da jurisdição (ou do órgão jurisdicional) em que se encontra o pleito, e isto significa que o mesmo caso, quando se controverte perante diferentes tribunais, admite a integração de diversas normas no conjunto de normas aplicáveis. Conclui-se, portanto, que nem toda norma que regula um caso C, e é válida em um sistema jurídico S, pertence ao subsistema aplicável ao caso C.

O juiz não pode resolver o caso *sub specie jurisdictionis* sem a prévia identificação da norma que o resolve, e não pode identificar tal norma caso não disponha de um critério indicativo da individualização normativa. Assim, para cumprir o dever imposto pela norma N1 - o dever de aplicar no caso C a norma que tenha a propriedade P (ou conjunto de propriedades P1, P2,..., P3) -, o juiz precisa contar com critérios de identificação desta norma.³⁷⁷ Para tanto, (1) o juiz identifica N1 como norma do sistema (N1 impõe a ele o dever de aplicar a norma que reúna determinados requisitos ou propriedades); (2) o juiz, usando os critérios de aplicabilidade, identifica N2 como a norma que reúne os requisitos exigidos por N1; e (3) o juiz, em cumprimento ao dever imposto por N1, aplica N2 na resolução do caso C.

³⁷⁷ O enunciado “a norma N1 é aplicável ao caso c” significa que N1 deve ser aplicada ao caso c; entretanto, o “deve” do enunciado interpreta-se descritivamente, ou seja, “N1 deve ser aplicada ao caso c” é um enunciado jurídico - e não uma norma -, e equivale ao enunciado “existe uma norma N2, pertencente ao sistema S, que estabelece a obrigatoriedade de aplicar a norma N1 ao caso c”. Se, ao invés de normas concretamente individualizadas, a referência for a qualquer norma que possua determinada propriedade P, tem-se o enunciado “a norma N1 é aplicável ao caso c”, cujo significado corresponde a “se N1 possui a propriedade P, então é obrigatório aplicar N1 ao caso c”. Assim, a força obrigatória jurídica, entendida em sentido descritivo como a existência de outra norma N2 que impõe o dever de cumprir com aquilo que a norma N1 dispõe, é uma noção correlacionada com a de aplicabilidade externa. A força obrigatória jurídica admite uma leitura prescritiva e uma descritiva: de acordo com a primeira leitura, predicar a força obrigatória jurídica a uma norma equivale a prescrever o dever de obedecê-la (ou cumpri-la) desde um ponto de vista jurídico; de acordo com a segunda leitura, predicar a força obrigatória jurídica a uma norma equivale a afirmar que outra norma jurídica prescreve o dever de obedecê-la (ou cumpri-la). A noção de força obrigatória jurídica, assim entendida, concerne aos deveres jurídicos dos cidadãos - dever de cumprir -, enquanto a noção de aplicabilidade remete aos deveres jurídicos dos juízes - dever de aplicar. A normatividade jurídica abarca a força obrigatória jurídica (atinentes aos cidadãos) e a aplicabilidade, de molde a capturar a relação entre o plano material e o plano processual da ordem jurídica: a respeito, importa destacar que a possibilidade de distinção de efeitos entre uma norma N2 que impõe o dever de cumprir outra norma N1 e uma norma N2 que imponha o dever de aplicar N1 depende de quem sejam os destinatários de N1 ou, mais genericamente, depende da distinção entre as normas do plano material e as normas do plano processual. A coextensividade (à luz da diferença conceitual) entre aplicabilidade e força obrigatória jurídica (bem como a ausência de coextensividade em determinadas hipóteses) - em termos de coextensividade entre o dever dos destinatários-cidadãos de cumprir a norma N1 e o dever dos juízes de aplicar a norma N1 - depende da relação entre os planos da ordem jurídica.

Disso decorre a distinção, no âmbito da aplicação judicial de normas, entre critérios conceituais e normas de conduta: os critérios conceituais destinam-se a possibilitar a identificação das normas aplicáveis em cada caso, e as normas de conduta (atinentes ao julgador) dirigem-se aos juízes para regular a ação de aplicar as normas identificadas de acordo com os critérios aludidos. Em outros termos: o critério conceitual especifica que, para toda norma N, se ela pertence ao conjunto de melhores elementos de um conjunto de normas CN - de conformidade com determinada relação R de preferência - então ela será aplicável à classe de casos C. O critério é conceitual porque não impõe dever; a partir dele torna-se possível a identificação da norma aplicável a um caso em função de sua relação com outras normas de um conjunto. Esse conjunto de normas será o conjunto de todas as normas que apareçam como “bons candidatos” para fins de aplicação à classe de casos C.³⁷⁸ A norma de conduta (dirigida ao juiz), por seu turno, impõe ao julgador o dever de aplicar, em relação à classe dos casos C, a norma identificada de conformidade com a função de eleição especificada pelo critério conceitual (de aplicabilidade) em presença.

A identificação das normas aplicáveis por meio de critérios diz respeito à satisfação da exigência de que as decisões judiciais devem estar fundadas no direito; a satisfação desta exigência supõe a realização de uma série de operações dirigidas a determinar quais são as normas do sistema jurídico em questão que devem ser utilizadas na justificação de cada caso judicial. Para tanto, mostra-se necessário determinar a composição do sistema jurídico de referência mediante determinados critérios, para fins de seleção, a partir de critérios adicionais, das normas que resultam aplicáveis ao caso submetido a julgamento. Desse modo, dois tipos de critérios tornam possível a tarefa de satisfazer a exigência de fundar as decisões judiciais no direito: os critérios de pertinência das normas ao sistema jurídico e os critérios de seleção das normas aplicáveis ao caso *sub specie jurisdictionis*. Assim, se aplicação judicial de normas pode ser conceituada como “uma norma N é aplicada por um juiz J de um sistema S em um caso judicial Y se, e somente se, N é usada por J para a resolução de Y”, e aplicabilidade como “uma norma N é aplicável por um juiz J de um sistema S em um caso judicial Y se, e somente se, ocorrerem as condições previstas em S para a aplicação de N por J para a resolução de Y”, conclui-se ser possível que uma norma determinada resulte aplicada

³⁷⁸ RODRÍGUEZ, 2002, p. 155. Rodríguez alude como condição necessária e suficiente para que uma norma N seja qualificada como aplicável em relação a determinado caso c a circunstância de que o caso c seja uma instância do caso genérico C, e que N pertença ao conjunto de “melhores elementos” definido no conjunto normativo CN pela relação R a respeito de C. Nesse sentido, afirmar que uma norma é aplicável a um caso c equivale a afirmar que tal norma satisfaz os critérios de aplicabilidade. Os critérios de aplicabilidade, portanto, podem ser vistos como regras conceituais cuja função consiste em fixar o conteúdo conceitual das normas que impõem aos juízes o dever de aplicar outras normas.

em um caso dado sem que a norma em questão seja aplicável a este caso. Conclui-se, também, ser possível que uma norma determinada seja aplicável para a resolução de um caso dado sem que tal norma resulte aplicada ou sem que ela seja efetivamente aplicada na resolução do caso em questão. Isso significa que nem sempre os juízes aplicam as normas aplicáveis, ou seja, nem sempre os juízes justificam suas decisões com as normas que, de acordo com os critérios estabelecidos no sistema jurídico, justificariam corretamente - do ponto de vista jurídico - essas decisões. Tais circunstâncias (aplicação de normas inaplicáveis e não-aplicação de normas aplicáveis) rendem ensejo, portanto, à discussão acerca da legalidade ou juridicidade das decisões judiciais, em termos da adequação das decisões em relação ao sistema jurídico.

A relação entre aplicabilidade de uma norma jurídica N1 e a existência de outra norma N2 revela o aspecto estrutural da noção de norma aplicável, que remete às circunstâncias necessárias para distinguir entre normas aplicáveis e normas que não são aplicáveis, à luz da existência de uma relação normativa específica com uma norma pertencente ao sistema jurídico. (Nesse contexto, a noção de aplicabilidade externa revela-se central para proporcionar o tratamento adequado tanto da natureza institucional quanto da natureza hierárquica do direito). Por outro lado, a relação entre aplicabilidade e a capacidade (ou aptidão) da norma para justificar decisões institucionais - aplicação judicial do direito - destaca o aspecto funcional da noção em questão, enfatizando a relação intrínseca entre aplicabilidade e o propósito justificatório presente no âmbito do processo judicial.

Consoante anteriormente destacado, a noção de aplicabilidade está vinculada com a identificação das condições de verdade dos enunciados jurídico-assertóricos (enunciados acerca dos direitos, deveres, obrigações, etc., que se referem à qualificação deôntica de determinada conduta, proporcionando informação relevante acerca do *status* jurídico das ações dos indivíduos). Assim, a verdade de um enunciado jurídico é relativa a uma norma aplicável em um determinado momento T. Por exemplo, se uma norma N prescreve a ação P, mas ainda não se mostra aplicável em um momento T, os indivíduos não têm a obrigação jurídica de realizar P em T conforme N. Os critérios de aplicabilidade de um sistema jurídico S possibilitam aos indivíduos (e não somente às autoridades normativas) conhecer a qualificação deôntica de determinada conduta. Desse modo, a afirmação de que uma norma N não é aplicável significa que aos indivíduos não recai a obrigação de se comportar conforme N. Além disso, a noção de aplicabilidade diz respeito à relação entre o plano do direito material e o plano do direito processual, uma vez que os critérios de aplicabilidade das normas jurídicas não servem apenas para identificar os direitos e deveres jurídicos em determinado momento T, mas também para descrever as relações entre as ações ou condutas

das autoridades jurisdicionais e as ações ou condutas dos indivíduos/cidadãos,³⁷⁹ tendo em vista que as normas jurídicas também regulam as decisões judiciais, prescrevendo a aplicação de outras normas - normas aplicáveis a determinados casos -, e estas últimas podem, por seu turno, motivar e qualificar deonticamente o comportamento dos indivíduos.

À luz do exposto, quando a verdade do enunciado “a norma N1 é aplicável a um caso individual c” depende da pertinência a um sistema S de outra norma N2 que obriga (ou permite) usar N1 em c, diz-se que a norma em questão é externamente aplicável. Desse modo, se é verdade que uma norma N1 é aplicável a um determinado caso individual c em um momento T, então também é verdade que outra norma N2 pertence ao sistema jurídico S do momento T. (Não se mostra necessária a existência de uma relação biunívoca entre N1 e N2; é possível que N2 prescreva a aplicação de outras normas como N4, N5, N6, etc.). A norma N2 proporciona um dos critérios de aplicabilidade de normas em um determinado sistema jurídico S. Conforme Pablo Navarro e José Juan Moreso, os sujeitos normativos das normas que estabelecem os critérios de aplicabilidade em S são as autoridades normativas de S (notadamente os juízes).³⁸⁰ Assim, as ações ou condutas dos indivíduos e as ações ou condutas das autoridades jurisdicionais encontram-se normativamente vinculadas mediante uma rede de normas aplicáveis (ou subsistema de normas aplicáveis). A aplicabilidade interna, por sua vez, consiste na circunstância de que uma norma mostra-se aplicável aos fatos/eventos/estados de coisas regulados por seus âmbitos de incidência (âmbitos temporal, espacial, pessoal e material). Em relação à aplicabilidade interna, não é necessário identificar previamente outra norma N2 para fins de determinar os âmbitos de incidência de N1: a existência de outra norma N2 não consubstancia uma *conditio sine qua non* para a aplicabilidade interna de N1. Em suma, a aplicabilidade interna de uma norma N proporciona uma resposta para a pergunta “encontra-se o caso individual c regulado pela norma N?”; por outro lado, quando uma norma é externamente aplicável, ela proporciona uma resposta para a pergunta “deve um juiz J do sistema S aplicar N a um caso c?”.³⁸¹

³⁷⁹ As autoridades e os indivíduos interessam-se apenas ocasionalmente na identificação das normas aplicáveis como um problema conceitual; normalmente, tanto as autoridades normativas como os indivíduos tentam identificar as normas aplicáveis a determinados casos que lhes afetam, ou seja, as normas aplicáveis em determinada controvérsia jurídica. As autoridades jurisdicionais solucionam as controvérsias mediante a aplicação de normas gerais; suas decisões devem estar justificadas nas normas aplicáveis ao caso submetido a julgamento. Entretanto, a identificação das normas aplicáveis a determinados casos pressupõe o problema conceitual atinente aos critérios de aplicabilidade, exsurgentes da reconstrução sistemática do direito, reconstrução esta que se consubstancia na tarefa primordial da dogmática jurídica.

³⁸⁰ NAVARRO, Pablo; MORESO, José Juan. Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Isonomia*, Mexico, n. 5, 1996. p. 125.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 127. Os autores destacam que as normas internamente aplicáveis não são sempre externamente aplicáveis. Se uma norma N é a última norma no sistema S, então não há outra norma superior em S que

Para Navarro e Moreso seria contraintuitivo que as normas inaplicáveis fossem suscetíveis de eficácia (no sentido de correspondência entre a conduta prescrita e a conduta realizada): assim, a aplicabilidade subministra um critério para identificar as condutas suscetíveis de confirmar os enunciados acerca da eficácia das normas jurídicas.³⁸² A partir disso, os autores formulam a “tese do campo de significação”:

(TCS): as normas aplicáveis formam o “campo de significação” da propriedade “eficácia” das normas jurídicas. Admitir que o “campo de significação” da propriedade “eficácia” corresponde ao conjunto de normas aplicáveis implica a aceitação de que o enunciado “a norma N é eficaz” carece de valor veritativo se N não é aplicável. Desse modo, somente quando N corresponde a uma norma aplicável as propriedades “eficaz” e “ineficaz” identificam-se como conjuntamente exaustivas. Para identificar o “campo de significação” da propriedade “eficácia” mostra-se imprescindível a prévia identificação das normas aplicáveis; e, para evitar circularidade, o critério para predicar aplicabilidade não pode pressupor a eficácia das normas jurídicas.³⁸³

Conforme TCS, o enunciado “a norma N1 é eficaz no momento T” é verdadeiro somente se (i) os sujeitos normativos obedecem (ou cumprem) N1 e (ii) uma norma N2, pertencente ao sistema jurídico S, obriga ou permite aos juízes a aplicar N1 aos casos ocorridos em T. A eficácia de uma norma jurídica exige não apenas uma relação de correspondência entre normas e condutas, mas também a pertinência de outras normas a um determinado sistema jurídico (por sua vez componente de uma sequência temporal de sistemas que integram a ordem jurídica).

Impende destacar, ainda, que somente os estados de fato regulados pelos âmbitos de incidência da uma norma N são relevantes para sua eficácia (a aplicabilidade interna de uma norma, consoante exposto, está diretamente relacionada com seus âmbitos de incidência). Os âmbitos de incidência das normas jurídicas selecionam os estados de coisas relevantes para fins de constatação de sua eficácia. Os enunciados de eficácia asseveram uma relação de correspondência entre diferentes elementos dos âmbitos de incidência das normas jurídicas e os resultados das ações ou condutas de determinados sujeitos. A vinculação de TCS com a aplicabilidade interna das normas implica que, para fins de análise do valor veritativo de um

prescreva a aplicação de N: N não é externamente aplicável. Esta norma consubstancia somente o critério último de aplicabilidade no sistema jurídico em questão. De conseguinte, as normas internamente aplicáveis e as normas externamente aplicáveis não são coextensivas.

³⁸² NAVARRO; MORESO, 1996, p. 120.

³⁸³ *Ibidem*, p. 130.

enunciado de eficácia de uma norma N, um estado de coisas é irrelevante para a eficácia de N se, e somente se, este estado não se encontra compreendido em algum dos âmbitos de incidência de N. Assim, se uma norma N dirige-se a uma classe de sujeitos S, então as ações realizadas por sujeitos que não são membros de S são irrelevantes para a (in)eficácia de N. Desse modo, se uma norma N prescreve a um sujeito Y a realização de uma conduta C, se um sujeito X realiza C, este fato não é considerado uma confirmação da verdade do enunciado de eficácia “N é eficaz”. Por outro lado, a verdade do enunciado “X realizou C” é relevante para confirmar a verdade do enunciado de eficácia “N é eficaz”: trata-se da relação conceitual entre verdade e eficácia.

Nesse contexto, impende destacar a assimetria existente entre os âmbitos de incidência das normas, conforme assinalado por Navarro e Moreso.³⁸⁴ Eficácia e ineficácia são predicados com o mesmo “campo de significação”, ou seja, se um estado de coisas E não é relevante para a eficácia da norma N, então também não é relevante para a ineficácia de N. Entretanto, ainda que a classe complementária dos sujeitos normativos de uma norma N seja irrelevante a respeito da ineficácia de N, a classe complementária das ações prescritas por N é relevante para a ineficácia de N. O âmbito material da hipótese de incidência da norma N especifica uma ação (ou conduta ou estado de coisas), *verbi gratia*, a ação A que deve ser realizada por determinada classe de sujeitos. Se a norma N prescreve a ação A, então, por hipótese, a negação de A (“não-A”) é irrelevante para a eficácia de N. Porém, se um dos sujeitos normativos de N realiza a negação de A ou omite a realização de A (ou concretiza o estado de coisas “não-A”), então N é ineficaz. Por conseguinte, a conjunção da classe dos sujeitos normativos de N com a classe complementária do conteúdo normativo de N se revela relevante para a ineficácia de N. Segundo Navarro e Moreso, esta assimetria explica-se pela circunstância de que a identificação ou individualização das normas jurídicas exige um processo de reconstrução racional do material procedente das diversas fontes do direito, reconstrução que culmina com a formulação de normas jurídicas de acordo com determinados critérios gerais subministrados pela teoria jurídica, notadamente pela dogmática.³⁸⁵ (Nesse sentido, como TCS diz respeito à relação entre aplicabilidade e eficácia como correspondência entre normas e condutas ou estados de coisas no plano da realidade empírica, a remissão da assimetria aludida à reconstrução sistemática racional mediante critérios subministrados pela teoria jurídica revela a função social da dogmática em geral e da processualística em especial. A relação entre aplicabilidade e eficácia revela-se especialmente

³⁸⁴ NAVARRO; MORESO, 1996, p. 135.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 136.

importante para a dogmática jurídica, que intenta proporcionar informação acerca do direito vigente - informação acerca dos direitos e deveres dos indivíduos em determinado grupo social - a partir de critérios identificadores das normas aplicáveis a determinados casos e as relações destas normas com as restantes normas de um sistema jurídico). A assimetria entre os âmbitos de incidência exsurge pelo fato de que o material jurídico é reconstruído principalmente como normas dirigidas aos indivíduos.³⁸⁶ Em tal tipo de reconstrução, os âmbitos de incidência delimitam as ações obrigatórias, proibidas ou permitidas aos indivíduos, de forma primária ou prioritária em relação à qualificação das ações das autoridades normativas.³⁸⁷ Nesse sentido, as ações normativas das autoridades tentam determinar ou motivar o comportamento dos indivíduos, e a imposição de consequências jurídicas (quando da realização das hipóteses de incidência normativas) pretende ser um motivo ou razão para que os destinatários obedeçam ou cumpram as normas provenientes das fontes autoritativas. A assimetria entre os âmbitos de incidência das normas, portanto, mostra a importância da reconstrução sistemática racional do direito a partir da qual exsurge a vinculação normativa, mediante uma rede de normas aplicáveis (ou subsistema de normas aplicáveis), entre as condutas dos indivíduos/cidadãos e as condutas das autoridades jurisdicionais e, por conseguinte, mostra a função social da processualística como construção da unidade da ordem jurídica a partir da dualidade de planos, à luz de TCS.³⁸⁸

³⁸⁶ A respeito do ponto, João Baptista Machado aduz que “se a norma jurídica, encarada como imperativo ou como *regula agendi*, vê o seu âmbito de eficácia espacial e temporalmente limitado, concebida como puro critério de valoração pode perfeitamente aplicar-se a factos totalmente desligados do seu domínio espacial de aplicação e a factos passados. Quando seja este o caso, por ser esse o intento do legislador, tal norma terá como destinatários (como destinatários do seu imperativo ou comando), não as pessoas cujas condutas devem ser apreciadas ou valoradas, mas os órgãos aplicadores do direito, principalmente os tribunais. Será, portanto, uma *regula decidendi*”. MACHADO, João Batiista. *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 9. Assim, segundo o autor, quando a norma funciona como puro e abstrato critério de valoração da conduta (e não como guia de conduta, portanto), ela “não conhecerá limites espaço-temporais” ao seu âmbito de competência. Baptista Machado destaca que “a mesma circunstância de se estar perante factos situados fora do domínio de eficácia do comando legal altera a própria valoração desses factos; pois que a valoração da norma é normalmente indesligável do aspecto preceptivo da mesma norma, salvo quando esta se dirija exclusivamente ao julgador, e não às partes interessadas na situação a regular”. MACHADO, loc. cit.

³⁸⁷ Rememore-se que determinados tipos de normas servem, justamente, para regular a aplicação de outras normas jurídicas (as “regras secundárias” hartianas).

³⁸⁸ Guillermo Lariguet distingue, em relação aos critérios sobre as normas aplicáveis, o nível (i) dos conceitos reconstruídos pelos juristas para classificar uma determinada situação “c” como um caso jurídico (um caso individual enquadrável em determinado caso genérico); (ii) dos princípios reconstruídos pelos juristas para valorar ou avaliar qual a classificação conceitual a ser utilizada; (iii) das meta-normas que estabelecem quais as normas que devem ser levadas em conta na aplicação; e (iv) as normas que devem ser utilizadas na aplicação. As meta-normas aludidas são as normas de aplicabilidade externa, e as normas que, conforme as meta-normas, devem ser aplicadas são as normas externamente aplicáveis. LARIGUET, Guillermo. *Dogmática jurídica y aplicación de normas*. México: Fontamara, 2007. p. 114. Lariguet alude, ainda, que os componentes dos antecedentes das normas (os suportes fáticos) operam como âmbitos de incidência. Tais componentes subministram critérios de seleção das normas internamente aplicáveis, critérios que estão relacionados com o conteúdo de regulação das normas em questão. A respeito, impende consignar que as regras de uso da linguagem

Nesse sentido, Guillermo Lariguet relaciona a função da dogmática com seu papel protagonista na (re)construção de conceitos, frisando a relevância da conceptualidade para a caracterização e classificação de casos, bem como para a determinação das normas integrantes de um subsistema normativo aplicável.³⁸⁹ Segundo Lariguet, os efeitos do uso de conceitos pela dogmática podem vistos como “normativos”, na medida em que da classificação conceitual de determinada situação depende a seleção de um conjunto de normas. Todavia, tal seleção não decorre de maneira imediata a partir da classificação conceitual: para tanto, mostra-se necessária a interposição, entre os conceitos e os subsistemas normativos aplicáveis, de meta-normas (ou normas de aplicabilidade externa) que estabeleçam quais são as normas aplicáveis. Os efeitos aludidos, ademais, ostentam “caráter indireto”, porquanto os conceitos não têm por função subministrar o subsistema normativo aplicável ao caso, mas sim caracterizar ou classificar casos correlacionáveis com sistemas normativos. As situações reais, ocorridas no mundo fenomênico em um espaço e tempo determinados, não se encontram classificadas *per se*; estas situações apresentam uma série de dados fáticos que requerem ser processados conceitualmente com a finalidade de construção de um caso em termos de um caso individual, como instância de um caso genérico. (O uso de normas para resolver casos judiciais pressupõe que as normas subministram classificações ou taxonomias de casos, taxonomias que caracterizam o labor dos juristas dogmáticos).³⁹⁰ Nesses moldes, “de la clasificación bajo cierto concepto, depende que operen las normas de aplicabilidad externa y las normas externamente aplicables; en otro sentido, de la elucidación de conceptos que componen el antecedente de normas, depende la determinación de las normas internamente aplicables”.³⁹¹

servem para descrever o significado dos componentes dos antecedentes das normas (componentes que são reconstruídos mediante o labor interpretativo da dogmática). Os significados decorrentes desta reconstrução do uso da linguagem constituem as regras de seleção da aplicação de determinada norma a uma classe de casos. Conforme Lariguet, “las normas que el jurista considera deben admitirse y combinarse con otras en un sistema depende de cuestiones referidas a la interpretación del significado de textos o formulaciones normativas cuyas relaciones el jurista busca y reconstruye con ayuda de conceptos”. Ibidem, p. 119.

³⁸⁹ LARIGUET, 2007, p. 125. O autor destaca que os efeitos normativos do uso de conceitos podem ser diretos ou indiretos; são diretos quando, por exemplo, os conceitos são utilizados para introduzir subrepticiamente normas que permitem a integração de lacunas existentes no sistema; nas demais hipóteses, os efeitos são apenas indiretos.

³⁹⁰ Segundo Guillermo Lariguet, “la clasificación del caso, con ayuda de conceptos, determina el sistema de normas aplicables, lo cual no significa determinar la ‘solución directa’ para el caso. [...] Dado que se trata de conceptos clasificatorios lo interesante es que mediante ellos la dogmática auxilia la práctica, dando elementos para ‘ubicar’ situaciones bajo cierta taxonomia. Estos conceptos clasificatorios o taxonómicos se interponen entre la situación no clasificada ‘c’ y el nivel de casos genéricos, gerando casos en sentido intermedio”. Ibidem, p. 132.

³⁹¹ Ibidem, p. 133.

Por fim, vale registrar que a relação entre incidência jurídica e aplicabilidade pode ser compreendida a partir da distinção, assentada por João Baptista Machado, entre âmbito de incidência e âmbito de competência das normas jurídicas: o primeiro define-se pelo conjunto dos fatos que preenchem as hipóteses de incidência (suportes fáticos) das normas de dado sistema designadas como aplicáveis; o segundo define-se “em função de contextos teleológico-valorativos, através da designação de determinado tipo de problema ou questão jurídica”.³⁹² Assim, os fatos descritos na norma de aplicabilidade (que designa a norma aplicável), fatos cujo conjunto constitui o âmbito de incidência desta norma (ou seja, a descrição das situações de fato a partir de cuja concretização desencadeia-se o respectivo efeito jurídico), representa o âmbito de competência da norma designada como aplicável; os fatos, dentre aqueles descritos pela norma de aplicabilidade - que são abrangidos pelos suportes fáticos da norma em concreto designada como aplicável - representam, por seu turno, o âmbito de incidência desta mesma norma. A norma de aplicabilidade, portanto, determina o âmbito de competência da norma aplicável ou, em outros termos, a primeira norma fixa o âmbito de competência da segunda (designada por aquela), competindo a esta - a norma aplicável -, por sua vez, determinar o seu próprio âmbito de incidência dentro do setor de matérias circunscrito por aquele primeiro âmbito. Assim, o âmbito de competência das normas integrantes de um sistema jurídico não pode definir-se por referência aos fatos ou situações que estas normas referem como fatos ou situações relevantes (âmbito de incidência): a competência de uma norma não pode ser comedida pelos fatos que, achando-se previstos em seu suporte fático, determinam a sua incidência. O âmbito de incidência de uma norma não pode ser confundido com o âmbito de competência adjudicado pela norma de aplicabilidade à norma aplicável; esta última não define o seu próprio âmbito de competência. É à norma aplicável, designada pela norma de aplicabilidade, que pertence determinar, dentro do âmbito de competência que lhe é próprio, o seu próprio âmbito de incidência (que define a aplicabilidade interna da norma).³⁹³ Desse modo, o âmbito de competência define-se em

³⁹² MACHADO, 1998, p. 252.

³⁹³ Conforme exposto por Adrian Sgarbi, os elementos das prescrições normativas são: (i) o caráter (se a norma enuncia uma proibição, uma obrigação ou uma permissão); (ii) o conteúdo (as atividades ou ações, positivas ou negativas, especificamente aludidas pela norma); (iii) a condição de aplicação (a situação ou circunstância que deve ocorrer para que haja a oportunidade de levar a efeito o conteúdo de uma norma; a condição categórica é determinada pelo próprio conteúdo da norma e a condição hipotética é aquela que exige uma circunstância condicional para além do seu conteúdo); (iv) a autoridade (o agente a partir do qual exsurge o comando normativo; o sujeito que emana a norma pode ou não ser distinto dos seus destinatários); (v) os sujeitos normativos (destinatários das normas; podem ser destinatários particulares ou gerais, componentes de uma classe de sujeitos); e (vi) a ocasião (a especificação espaço-temporal em que deve cumprir-se o conteúdo normativo: a ocasião determina as coordenadas temporais e espaciais da realização do conteúdo da norma; pode constituir-se

função de dados estranhos ao “conteúdo valorativo” das normas aplicáveis, “através de dados ou factos extrínsecos que nada tenham a ver com a modelação intrínseca das consequências jurídicas que elas estatuem”.³⁹⁴ Nesse sentido, as normas de aplicabilidade são meta-normas cuja incidência se traduz na definição do âmbito de competência (e não do âmbito de incidência) das normas designadas como aplicáveis.

Do exposto conclui-se que o subsistema de normas aplicáveis dirige-se à regulamentação de “fatos da vida” que reputa carecerem de regulamentação jurídica; o subsistema de normas de aplicabilidade, por sua vez, toma por objeto aquele subsistema para lhe traçar o âmbito de competência. O âmbito de incidência de uma norma consiste no “conjunto dos factos concretos ou concretas situações de facto a que esta é susceptível de ser aplicada, ou seja, o conjunto dos factos ou situações capazes de serem ‘subsumidas’ à sua hipótese, depois de reduzida esta às suas dimensões próprias através da sua coordenação com as hipóteses doutras normas (designadamente das normas excepcionais e das normas especiais)”.³⁹⁵ O âmbito de incidência, portanto, “vem a ser determinado sempre em função do juízo de valor da norma em causa, devidamente coordenado com os juízos de valor doutras normas do mesmo plano, por força do princípio da ‘unidade da ordem jurídica’”.³⁹⁶

como ocasião particular ou individual ou como ocasião geral, ao prescrever uma ação/atividade para um número ilimitado de ocasiões). SGARBI, Adrian. *Teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 124.

³⁹⁴ MACHADO, op. cit, p. 257.

³⁹⁵ MACHADO, 1998, p. 265.

³⁹⁶ MACHADO, loc. cit. Machado alude que “a relação entre essas duas normas - a norma condicionante e a norma condicionada - não é uma relação de coordenação dentro de um contexto teleológico comum, tal como aquela que se estabelece entre normas complementares, ou entre normas excepcionais e as correspondentes normas gerais - mas uma relação de subordinação puramente formal”, uma vez que é o próprio âmbito de competência (e não o âmbito de incidência) da norma condicionada que é posta em causa pela norma condicionante. Ibidem, p. 266.

Parte III – Função social da processualística como autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional

A função social da processualística como autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional funda-se na distinção fundamental entre as condições de verdade dos enunciados jurídicos e as condições de justificação e de racionalidade das decisões judiciais. Esta distinção torna elucidativa a análise das funções do direito em geral e da função jurisdicional em particular (aplicação judicial do direito), em paralelo com a análise das funções da dogmática jurídica em geral e das funções da dogmática jurídico-processual em especial. A compreensão da processualística como metalinguagem do direito processual civil baseia-se, assim, na distinção entre o plano da identificação das normas jurídicas e o plano da aplicação das normas jurídicas. Da circunstância de que a adequada compreensão do conceito de tutela jurisdicional depende da distinção entre os planos da ordem jurídica decorre a exigência quanto à correlação entre o conceito em questão e as condições de justificação das decisões judiciais; esta correlação, por sua vez, remete à questão atinente ao controle racional (correção jurídica) das decisões judiciais.

9 FUNÇÕES DO DIREITO, FUNÇÃO JURISDICIONAL E FUNÇÕES DA DOGMÁTICA JURÍDICA

A perquirição a respeito da natureza do direito relaciona-se com a problematização estrutural e funcional da ordem jurídica no plano da realidade social. Isso implica que a compreensão do fenômeno jurídico não se mostra completa sem que se capture a dimensão do direito como fenômeno social e, de conseguinte, sem o devido enquadramento da ordem jurídica como ordem normativa institucionalizada. Essa é premissa a partir do qual a análise acerca da função social da dogmática jurídica em geral, e da processualística em particular, exige a perquirição a respeito das funções sociais do direito e da função jurisdicional. A razão dogmática funda a sua autoridade em relação à ordem normativa institucionalizada no plano da realidade social e, no que concerne à tutela jurisdicional, em relação à aplicação institucional das normas jurídicas realizada por juízes.

9.1 FUNÇÕES DO DIREITO

A investigação acerca da finalidade almejada por determinada(s) norma(s) jurídica(s) no âmbito de certa comunidade não equivale à inquirição acerca de quais são os objetivos que se pretendem alcançar por qualquer ordem jurídica em relação a qualquer sociedade humana. Nesse sentido, quais os objetivos perseguidos por determinada regulação (e dentre tais objetivos quais são concretizados no plano social) consubstancia uma questão concreta que exige uma resposta sociológica, baseada em estudos empíricos; qual o conjunto de objetivos ou fins comuns almejados por todos os sistemas jurídicos consubstancia, por seu turno, uma questão de caráter conceitual e geral, própria da teoria do direito.

Uma resposta frequente à pergunta acerca das funções sociais do direito corresponde àquela que identifica tais funções, em sentido geral, com o controle social, a segurança e a justiça. Em relação ao ponto, importa não confundir uma tese descritiva sobre as funções do direito - “toda ordem jurídica cumpre as funções de controle social, segurança e justiça” - com uma tese prescritiva - “todo sistema jurídico deveria cumprir tais funções”. A tese descritiva é suscetível de ser verdadeira ou falsa; a tese prescritiva expressa um ideal regulativo, embasado em determinados valores nem sempre devidamente especificados. Importa frisar, ademais, que as funções gerais aludidas remetem a conceitos graduais (uma ordem jurídica atinge um maior ou menor controle social, um grau mais ou menos elevado de segurança, ou um nível mais ou menos aceitável de justiça).

No que diz respeito à noção de controle social, ela pode ser entendida no sentido de que o direito garante e coordena o funcionamento das demais instituições sociais, resolvendo os conflitos produzidos no âmbito do sistema social (controle social como função integradora); a noção em questão pode ser entendida, também, no sentido de que o direito serve como direção e guia de conduta, como um mecanismo de regulação (controle social como função regulativa). Como tese descritiva, a função de controle social formula-se do seguinte modo:³⁹⁷

(TCS1): toda ordem jurídica cumpre a função de controle social.

Essa tese pode ser considerada verdadeira, com a matização feita no sentido do caráter gradual do conceito de controle social (atinge-se a integração social por meio do direito em

³⁹⁷ MORESO; VILAJOSANA, 2004, p. 44.

maior ou menor grau; atinge-se o seguimento das normas jurídicas de forma mais ou menos ampla). Além disso, quando se sustenta que o sistema jurídico cumpre com a função de controle social, sustenta-se que tal função somente pode ser cumprida por um sistema jurídico eficaz ou efetivo, ou, mais propriamente, com algum grau de eficácia ou efetividade. A partir disso, TCS1 pode ser formulada do seguinte modo:³⁹⁸

(TCS2): toda ordem jurídica eficaz - com determinado grau de eficácia - supera certo umbral de integração de conflitos e regulação de condutas.

TCS2 resulta verdadeira, embora não seja informativa: por definição, todo sistema jurídico eficaz cumpre com a função de controle social e somente cumprem tal função os sistemas jurídicos eficazes. TCS2 consubstancia, portanto, uma verdade analítica (e não sintética), a partir do qual a existência do sistema jurídico está associada com determinado grau de eficácia do conjunto das normas dele integrantes.

A versão valorativa ou prescritiva da tese em questão pode ser formulada do seguinte modo:

(TCS3): toda ordem jurídica deve cumprir a função de controle social.

Em relação a esta versão, cabe fazer alusão às distintas possibilidades que têm as autoridades normativas para regular os comportamentos dos destinatários das normas (ou técnicas de controle social): (a) incentivar uma conduta desejável antes que ela se concretize; (b) desincentivar uma conduta indesejável antes que ela se concretize; (c) incentivar uma conduta desejável após sua concretização; e (d) desincentivar uma conduta indesejável após sua concretização. As técnicas incluídas em (a) dizem respeito às promoções; as incluídas em (b) concernem às prevenções; as incluídas em (c) concernem aos prêmios; e as incluídas em (d), por fim, dizem respeito às repressões.

Nesse contexto, Manuel Atienza assevera que “a función primaria de un sistema jurídico es una función integradora consistente en mitigar los elementos potenciales de conflicto y lubricar el mecanismo de las relaciones sociales”.³⁹⁹ Para tanto, “es preciso resolver cuatro problemas fundamentales que dan lugar a otras cuatro funciones secundarias del derecho: legitimación, interpretación, sanción y aplicación; las funciones secundarias del sistema jurídico son, en consecuencia, los medios para conseguir un único fin (la función primaria)”.⁴⁰⁰ Atienza distingue entre os “fins internos” (a conformidade da conduta dos

³⁹⁸ MORESO; VILAJOSANA, 2004, p. 44.

³⁹⁹ ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2009. p. 154.

⁴⁰⁰ ATIENZA loc. cit.. Atienza destaca que “en las sociedades desarrolladas de hoy el derecho cumple las funciones (los fines) de ordenar la sociedad y asegurar la paz, garantizar el ejercicio de los derechos y libertades, y potenciar la autorrealización del individuo. Pero no cumpliría propiamente una función de

destinatários ao estabelecido pelas normas) e os “fins externos” (a consecução de determinados efeitos sociais) do direito; o uso da coação ou de sanções negativas (penais - prisão, multa, privação de direitos, etc. - e civis) não é o único meio de que dispõe o direito para lograr a realização dos seus fins internos:

[...] la eficacia do derecho, el logro de los fines internos del derecho, no depende únicamente de que existan sanciones - negativas y positivas - adecuadas, y ni siquiera depende exclusivamente de que los destinatários de las normas estén dispuestos - se sintan motivados - a cumplirlas. Deben poder hacerlo, lo cual supone en muchos casos (por ejemplo, en relación con algunas normas características del Estado social) que se les ha provisto de los medios necesarios para ello: es imposible cumplir con la obligación de vacunar a toda la población de cierta edad y de un determinado territorio si no se dispone de personal sanitario, de un censo fidedigno y, por supuesto, de vacunas.⁴⁰¹

No que concerne ao controle social, as funções do direito podem ser visualizadas conforme as relações do sistema jurídico com os outros subsistemas sociais: o sistema político ou de consecução de objetivos, o sistema de adaptação ou de produção de meios instrumentais à superação dos obstáculos que se interpõem na consecução das metas do sistema (sistema econômico, ciência e tecnologia), e o sistema de socialização ou de manutenção de pautas. Do sistema político, o sistema jurídico recebe, por um lado, finalidades e diretivas e, por outro lado, a possibilidade de recorrer ao uso da força física coativa; o sistema jurídico proporciona, por sua vez, legitimação, especialmente por meio da interpretação das normas jurídicas. Do sistema de adaptação, o sistema jurídico recebe conhecimento especializado, em contraposição à organização jurídica dos papéis na divisão do trabalho e às exigências (ou demandas) jurídicas de conhecimento. Por fim, do sistema de socialização o sistema jurídico recebe “conflitos” e “motivações” de conformação às normas e proporciona, por seu turno, as soluções autoritativas.

A partir disso, Atienza especifica as seguintes funções do direito: (a) resolução de conflitos, com atuação na “patologia” do sistema social; (b) orientação dos comportamentos, dirigindo e regulando as condutas dos membros da comunidade; (c) legitimação e organização do poder social: o direito, ao determinar as instâncias que devem decidir os casos de conflito, bem como o procedimento para fazê-lo, converte o poder em direito, legitimando-o; (d) configuração das condições de vida: o Estado social não cumpre um papel apenas de “vigilante”, intervindo ativamente na vida social (função promocional e função distributiva); e

represión; reprimir (en el contexto del Estado constitucional) no sería un fin, sino un médio para lograr otras cosas: el orden, la garantía de la libertad, etc.”. ATIENZA loc. cit..

⁴⁰¹ ATIENZA, 2009, p. 155.

(e) manutenção, modificação e reforma do próprio direito: o direito regula a aplicação de suas normas jurídicas e a adaptação dos conteúdos normativos, além de regular a atividade dos órgãos jurídicos.⁴⁰² De forma similar:

Ferrari ha distinguido tres funciones del derecho que tendrían un carácter final: la orientación social, el tratamiento de los conflictos declarados y la legitimación del poder; y otra serie de funciones subordinadas a las anteriores que básicamente vienen a ser: la distribución de bienes y servicios escasos (función distributiva), la organización de los medios adecuados para la obtención de aquellos fines (función organizativa), la modificación de los comportamientos y valores existentes en una determinada sociedad (función educativa), la integración social (función integrativa) y la promoción de ciertos comportamientos a través básicamente de sanciones positivas (función promocional).⁴⁰³

Quanto à função de segurança jurídica que o direito cumpre e/ou deve cumprir, a intuição básica a respeito alude à necessidade de conhecimento com anterioridade, pelos destinatários das normas jurídicas, acerca dos comportamentos proibidos, obrigatórios ou permitidos; nesse sentido, a segurança jurídica refere-se à possibilidade de planificação das condutas, a partir da ciência acerca das consequências jurídicas derivadas da realização dos comportamentos normativos no plano social. Esta noção pode ser assimilada com o cumprimento das seguintes condições: (a) que as normas jurídicas sejam claras (as normas devem ser expressas em linguagem compreensível por seus destinatários, para fins de adequado “recebimento” da “mensagem” normativa, pelo menos dentro de determinado limite, tendo em vista os conhecidos problemas de vagueza, textura aberta e ambiguidade da linguagem natural); (b) que as normas jurídicas sejam cognoscíveis (impende oportunizar ou possibilitar o conhecimento do direito por seus destinatários, proporcionando acessibilidade aos conteúdos normativos a partir da publicização das normas); (c) que o Estado, geralmente, cumpra com suas próprias normas, bem como exija o seu cumprimento (o Estado deve cumprir, em determinado grau razoável, as normas jurídicas, porquanto a atuação sistematicamente ilegal e/ou arbitrária redundaria em um estado de coisas não correspondente à segurança jurídica dos cidadãos).

A partir do exposto, uma tese descritiva a respeito da segurança jurídica pode ser formulada do seguinte modo:

(TSJ1): todo sistema jurídico cumpre a função de segurança jurídica.

TSJ1 pode ser entendida no sentido de que os sistemas jurídicos cumprem a função de segurança jurídica em algum grau ou no sentido de que tais sistemas cumprem a função em

⁴⁰² ATIENZA, 2009, p. 159.

⁴⁰³ ATIENZA, loc. cit.

questão a partir de certo grau. Como não é plausível imaginar um Estado que funcione com normas completamente obscuras e/ou secretas, por exemplo, a primeira versão pode ser considerada verdadeira. Por outro lado, como não é raro encontrar Estados que um baixo nível de cumprimento das três condições supra apontadas, a segunda versão pode ser considerada falsa.

A versão valorativa da tese a respeito da segurança jurídica formula-se do seguinte modo:

(TSJ2): todo sistema jurídico deve cumprir com a função de segurança jurídica.

TSJ2 corresponde a um ideal regulativo, no sentido da valiosidade jurídica da implementação do máximo grau possível de clareza, transparência e legalidade na atuação das instituições estatais; corresponde, em verdade, a um dos aspectos mais significativos do ideal (mais geral) do Estado de Direito.

Quanto à função de implementação da justiça que o direito cumpre e/ou deve cumprir, impende não confundir a moral positiva (convencional ou social) com a moral crítica: a primeira refere-se aos valores morais efetivamente compartilhados pelos membros do grupo social em seu conjunto ou apenas em relação a determinado grupo componente da sociedade; a segunda refere-se aos valores morais resultantes de um processo de justificação racional. Assim, um valor, para fazer parte da moral crítica, deve estar racionalmente justificado, e tal justificação não se correlaciona, necessariamente, com a integração de tal valor no âmbito de determinada moral positiva. Em outros termos: do fato de que certos valores sejam sustentados por grande parte da sociedade não se infere que sejam tais valores aqueles que deveriam regular o comportamento desta sociedade. Da mesma forma, do fato de que determinados valores sejam sustentados por uma minoria não se infere que tais valores não possam estar racionalmente justificados. A partir disso, a tese descritiva a respeito do cumprimento, pelo direito, da função de implementação da justiça pode ser formulada do seguinte modo:

(TJ1): todos os sistemas jurídicos cumprem com critérios de justiça.⁴⁰⁴

A verdade ou falsidade da assertiva em questão depende da referência dos “critérios de justiça” em questão: moral positiva ou moral crítica. Caso a referência corresponda à moral positiva, tem-se:

(TJ2): todos os sistemas jurídicos cumprem com a moral positiva.

⁴⁰⁴ MORESO; VILAJOSANA, 2004, p. 50.

TJ2 pode ser considerada verdadeira, no sentido de que o grupo social que intervém decisivamente na criação do sistema jurídico de que se trate pretenderá que as normas jurídicas sejam adequadas aos valores morais que esse grupo (ao menos) compartilha. Por outro lado, caso a referência corresponda à moral crítica, tem-se:

(TJ3): todos os sistemas jurídicos cumprem com a moral crítica.

TJ3, ao contrário, não pode ser sustentada como verdadeira, porquanto nem todos os sistemas jurídicos cumprem com os postulados de determinada moral crítica, ou seja, racionalmente justificada, particularidade que permite a qualificação do sistema (ou de determinadas normas dele componentes) como injusto ou imoral. Como tese valorativa, a justiça corresponde a um ideal regulativo, no sentido de que todo sistema jurídico deve cumprir com determinados postulados da moral crítica; significa dizer: tem perfeito sentido desejar a adequação do sistema jurídico a tais postulados, à luz da valiosidade jurídica da implementação do máximo grau possível dos requerimentos da moral crítica (racionalmente justificada).

Quanto às funções sociais do direito, Joseph Raz distingue entre as funções diretas e as indiretas; as diretas, de seu turno, dividem-se em funções primárias e secundárias.⁴⁰⁵ As funções diretas são aquelas que se cumprem por meio da obediência e aplicação do direito, sem que seja necessário qualquer comportamento ou atitude adicional por parte dos destinatários das normas jurídicas. Assim, por exemplo, uma norma que estabelece uma sanção para determinado ato cumpre sua função na medida em que os destinatários da norma não realizem o ato sancionado (obediência ou conformidade) ou, na hipótese de realização do ato, aquele que o praticou seja sancionado por meio da aplicação da norma. As funções diretas primárias dizem respeito à população em geral e correspondem à própria razão de ser do direito, no sentido de que constituem a justificação de sua existência; as funções diretas secundárias, por seu turno, são aquelas necessárias para a manutenção do sistema jurídico, ao tornar possível a operatividade do direito em geral e o cumprimento das funções primárias em especial. As funções indiretas do direito, por sua vez, são aquelas alcançadas a partir de atitudes, sentimentos, opiniões e modo de comportamento que não se identificam com a obediência ou aplicação, uma vez que são decorrentes do conhecimento da existência das normas ou da submissão a elas. Determinadas funções indiretas são realizadas por instituições

⁴⁰⁵ RAZ, Joseph. *Authority of law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 169.

jurídicas particulares; outras decorrem da própria existência do sistema jurídico em seu conjunto.⁴⁰⁶

A combinação entre as funções diretas e indiretas de acordo com a conformidade comportamental com as normas e a modificação/alteração das atitudes redundam nas seguintes possibilidades: (a) mera conformidade sem modificação das atitudes: concretização a partir das funções diretas; (b) sem conformidade, mas com modificação das atitudes: concretização a partir das funções indiretas; (c) existência de conformidade e modificação de atitudes: concretização a partir das funções diretas e indiretas; e (d) sem conformidade e sem modificação das atitudes: ausência de cumprimento tanto das funções diretas quanto das indiretas.

As funções diretas primárias dividem-se em: (1) motivar e desmotivar condutas; (2) facilitar acordo entre particulares (o sistema jurídico estabelece modelos de relações jurídicas cuja concretização a partir da manifestação de vontade dos indivíduos proporciona utilidade à realização dos planos de vida; o direito serve de suporte para que os cidadãos possam perseguir os fins por eles eleitos, à luz de determinados marcos delimitados pelas normas jurídicas, que conferem o delineamento das posições jurídicas dos integrantes das relações jurídicas e de terceiros);⁴⁰⁷ (3) prover serviços (especialmente aqueles que os indivíduos não podem obter sem o suporte da estrutura estatal) e redistribuir bens (o direito cumpre esta função quando, por exemplo, estrutura e organiza a prestação de serviços como defesa nacional, educação, saneamento, infraestrutura, ou quando redistribui bens através de subsídios; a relação entre prestação de serviços e redistribuição de bens fica evidenciada pela imposição de tributos e a arrecadação monetária deles proveniente); (4) resolver conflitos (o direito constitui-se como instrumento de prevenção e de resolução de controvérsias). O

⁴⁰⁶ Moreso e Vilajosana exemplificam como funções indiretas: “[...] fortalecimiento o debilitación del respeto a ciertos valores morales (por ejemplo, el valor absoluto de la vida), fortalecimiento o debilitación de la autoridad en general (que puede afectar a la unidad nacional, por ejemplo); el derecho ayuda a crear y mantener la estratificación social; a veces sirve para crear o reforzar un sentimiento de pertenencia a un país; en ocasiones, contribuye a generar un sentimiento de alienación en muchas personas”. MORESO; VILAJOSANA, 2004, p. 55.

⁴⁰⁷ Ao proporcionar os modelos normativos de regulação das condutas entre particulares, o direito também proporciona segurança jurídica e, ao mesmo tempo, exerce controle sobre tais relações. Acerca do ponto, assinala Niklas Luhmann: “[...] con frecuencia se imagina que el derecho limita las posibilidades del comportamiento. Pero, de la misma manera, el derecho puede adoptar la función de habilitar un comportamiento que sin el derecho no tendría posibilidades de existir. Piénsese en las posibilidades que resultan en el derecho privado a partir de la propiedad, del contrato e incluso de la figura jurídica de la responsabilidad limitada. Tampoco el derecho administrativo se puede comprender adecuadamente como limitación de la arbitrariedad del gobernante soberano. Al contrario, se trata en la actualidad de un derecho que otorga poderes (condicionados) que sin este tipo de derecho ni siquiera existirían. Em ambos casos - em el de la limitación y el del otorgamiento (y la realidad consiste en combinaciones) -, se presupone una estructura de expectativa. La concordancia radica en la certeza de que es posible conformar expectativas acertadas que se mantienen a cierta distancia con respecto a lo que sucede fácticamente de caso a caso”. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder, 2005. p. 193.

direito, como sistema institucionalizado, ainda realiza as funções diretas secundárias, associadas com as normas jurídicas reguladoras da própria criação e aplicação do direito. Tais funções dizem respeito à possibilidade de os sistemas jurídicos operarem de modo continuado, adaptando-se às mudanças sociais e mantendo sua eficácia. Na realização destas funções incluem-se aquelas que englobam as normas que asseguram os recursos suficientes para a manutenção dos órgãos jurídicos em geral, bem como aquelas que estabelecem os mecanismos idôneos para recrutar as pessoas componentes de tais órgãos. Duas são as principais funções secundárias destacáveis: (1) determinar os procedimentos por meio dos quais se modificam as normas jurídicas (o direito regula sua própria criação ao estabelecer órgãos e procedimentos para a modificação das normas, tais como aquelas atinentes ao processo legislativo ou atinentes à criação de regulamentos administrativos), e (2) regular o funcionamento dos órgãos encarregados da aplicação do direito, a partir de mecanismos aptos para reforçar o cumprimento das normas (o direito regula sua própria aplicação ao criar e especificar os procedimentos dos órgãos aplicadores, sejam eles tribunais ou órgãos administrativos).⁴⁰⁸

Em sentido semelhante, Mark Van Hoecke⁴⁰⁹ distingue entre a função de estruturação da sociedade e a função de estruturação da vida individual. Em relação à primeira, o direito (a) estrutura, organiza e legitima o poder político, por meio da instituição dos órgãos e procedimentos decisórios e de participação política, institui os direitos básicos e delimita as competências (especialmente a partir da Constituição) e (b) cria e mantém a integração e coesão social (o direito fornece as pautas a partir das quais a sociedade pode implementar os objetivos coletivos).⁴¹⁰ Em relação à segunda função, o direito reduz a complexidade social ao proporcionar as pautas que evitam a tomada de decisões, pelos cidadãos, em diversas situações cotidianas como, por exemplo, o lado da via pública para digirir os veículos. A limitação das escolhas, nesse sentido, funciona como simplificação da vida social, proporcionando, outrossim, a previsibilidade da conduta das demais pessoas, ao estabilizar as expectativas comportamentais recíprocas por meio da criação de condições positivas que

⁴⁰⁸ Niklas Luhmann destaca que “todo el sistema de toma de decisiones en el derecho se sustenta en la reflexividad del proceso normativo. No se trata de una circunstancia entre otras muchas; se trata de una representación (encarnada en normas específicas) de la unidad del sistema en el sistema; es decir, de un correlato de la universalidad de la competencia de la función”. LUHMANN, 2005, p. 203.

⁴⁰⁹ HOECKE, Mark Van. *Law as communication*. Portland: Hart Publishing, 2002. p. 62.

⁴¹⁰ Dennis Galligan destaca que a estrutura estatal administrativa e judiciária, à luz de sua capacidade coercitiva, serve não apenas para a manutenção de práticas sociais existentes, mas também para modificá-las em prol da realização de determinados objetivos sociais, que incluem a preservação e realização da autonomia individual, proporcionando certo “isolamento” individual em relação às “pressões sociais”. O autor destaca, ademais, a função de proteção da integridade pessoal, moral e patrimonial. GALLIGAN, Dennis. *Law in modern society*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 219.

facilitam a interação e a comunicação. Conforme Luhmann, “la reflexividad construida en el sistema de organización de la toma de decisiones sirve justamente de descarga a la vida cotidiana”.⁴¹¹ A função de estruturação da vida social especifica-se em seis outras funções: (a) criação de esferas de autonomia individual, seja a autonomia privada, seja a autonomia pública; (b) desestímulo às condutas indesejáveis e estímulo às desejáveis; (c) coordenação dos comportamentos; (d) estruturação das relações privadas; (e) alocação dos recursos; (f) redistribuição de bens e serviços; e (g) resolução de conflitos.

Niklas Luhmann assinala que a função social do direito diz respeito à perquirição a respeito de qual o problema básico que a sociedade resolve (e intenta resolver) mediante o processo de diferenciação de normas especificamente jurídicas, integrantes de um sistema autônomo. Conforme Luhmann, o direito resolve um problema temporal que se apresenta na comunicação social, quando a comunicação “não se basta a si mesma” (seja como “expressão”, seja como “prática”) e tem que se orientar e se expressar em expectativas de sentido que implicam tempo (expectativas não apenas como o estado atual de consciência de um indivíduo determinado, mas também o aspecto temporal de sentido da comunicação). A função do direito, assim, relaciona-se com a possibilidade de comunicar expectativas e de levá-las ao reconhecimento na comunicação. Nesse sentido:

[...] el derecho tiene que ver con los costes sociales que se desprenden de los enlazamientos del tiempo que efectúan las expectativas. En concreto, se trata de la función de estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetiva y social. El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los desengaños de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado com relación a sus expectativas.⁴¹²

Importa destacar que a compreensão acerca da função do direito relaciona-se diretamente com a causalidade jurídica que caracteriza a experiência jurídica, à luz da consideração, fundamental à distinção entre os planos da ordem jurídica, no sentido de que:

⁴¹¹ “Los límites de la organización de las decisiones actúan previamente como límites que acontecen en la parte externa de la frontera del próprio sistema jurídico, y predispone la comunicación para que se comprometa con lo que es conforme a derecho (o con lo que no). Así el derecho se pone a disposición del usuario individual, abstrayendo-se del contexto social de su motivación, de las presiones sociales que lo sujetan o, por el contrario, de su dejadez”. LUHMANN, 2005, p. 207.

⁴¹² LUHMANN, 2005, p. 188. A função do direito como estabilização normativa de expectativas de conduta pode ser referida ao problema geral dos custos sociais dos vínculos temporais, sem que esta referência tenha que aparecer, ela mesma, nos textos normativos e, assim, sem que tenha que “perturbar” a interpretação de tais textos. Luhmann destaca que “el derecho no sólo arregla conflictos, sino que también los produce: al remitir los conflictos a su ámbito, el derecho rechaza las exigencias desmedidas y se opone a las presiones sociales; el derecho, sin embargo, presupone siempre como posible la desviación del comportamiento (por los motivos que sean), y que sus efectos lleven precisamente a negar la perdurabilidad de las expectativas”. Ibidem, p. 196.

[...] no sólo el sostenimiento de las expectativas normativas, sino también numerosas funciones sociales, así como coordinaciones del comportamiento, dependen de que los seres humanos se comporten como lo indica el derecho: que al salir del hotel, paguen la cuenta; que respeten las reglas de tránsito y, sobre todo, que se abstengan de amenazar con violencia física a los otros. Incluso cuando se está seguro de que tales expectativas son adecuadas, eso solo no basta para alcanzar la normalidad social un poço más pretenciosa del comportamiento complementario. Otros sistemas - de interacción, de organización o funcionales -, dependen, em este sentido, de la subvención por parte del derecho.⁴¹³

9.2 FUNÇÃO JURISDICIONAL

Os juízes e tribunais ocupam uma posição central no sistema jurídico: em boa medida, eles são encarregados de que o conjunto das funções do direito sejam efetivamente cumpridas. Por um lado, são garantidores do cumprimento das funções diretas primárias (controle da implementação do direito): com efeito, de sua atuação depende a aplicação concreta das consequências jurídico-sancionatórias que desestimulam as condutas indesejadas ou a aplicação concreta das consequências jurídico-premiais que estimulam as condutas desejadas, bem como deles dependem a resolução dos conflitos que se originam em torno à interpretação das formulações normativas. Por outro lado, realizam a função secundária, além de cumprir importantes funções indiretas, porquanto a administração da justiça consubstancia parte essencial da estrutura institucional estatal objeto de valoração positiva ou negativa pelos cidadãos. Nesse sentido, os órgãos jurisdicionais são fundamentais à promoção do respeito pela ordem jurídica e pelos valores com ela associadas. Conforme Van Hoecke, a função de solucionar conflitos pode ser vista como parte da estruturação da sociedade (coesão social), bem como uma forma de “facilitar” a vida dos membros integrantes da comunidade.⁴¹⁴ Do ponto de vista do indivíduo, a existência de órgãos institucionalizados para fins de resolução dos conflitos sociais (ou seja, a existência de uma instituição que determine no plano do direito processual, de forma autoritativa, os direitos e deveres de litigantes), bem como a existência de procedimentos que estruturam o modo como as decisões autoritativas são obtidas e proferidas, consubstancia-se como uma importante condição para o “uso” das normas jurídicas pelos indivíduos e, por conseguinte, para a irradiação dos direitos e deveres no plano do direito material. Assim, a institucionalização de órgãos de resolução dos conflitos

⁴¹³ LUHMANN, 2005, p. 215.

⁴¹⁴ HOECKE, 2002, p. 71.

pode ser vista como condição necessária para que o direito cumpra a função de “facilitar” a vida dos indivíduos.

Nesse sentido, mesmo em uma comunidade ideal cujos membros compartilham determinados valores básicos e se mostram dispostos a atuar em conformidade com eles, a resolução das disputas em torno de aplicações específicas (ou contextuais) de tais valores ostenta uma prioridade social. À luz de tal prioridade a comunidade confere o poder de resolução das disputas para determinadas autoridades. As autoridades primariamente incumbidas da criação do direito, diante da impossibilidade de evitar as disputas exurgentes na sociedade, formulam normas gerais; em muitos casos, tais normas gerais mostram-se suficientes para evitar controvérsias em torno dos direitos e deveres, evitando, portanto, o envolvimento de autoridades incumbidas da implementação das normas. Como, porém, isso nem sempre ocorre, as formulações normativas gerais necessitam de interpretação e de concretização individualizada: mesmo se todos os agentes integrantes da comunidade estiverem dispostos a atuar com base nos mesmos valores compartilhados pelas autoridades responsáveis pela positivação das normas, alguns podem equivocar-se a respeito daquilo que as normas exigem, existindo a possibilidade, ainda, de outros firmarem a crença no sentido de que o conteúdo contido na prescrição normativa é errôneo (especialmente do ponto de vista moral). Além disso, as normas positivadas pelas autoridades não fornecem respostas para todas as questões que exurgem nas disputas sociais ou morais. Nesses moldes, a comunidade - incluindo as autoridades incumbidas primariamente da criação de normas gerais - necessita das autoridades responsáveis por adjudicar as controvérsias, ou seja, juízes com poderes para aplicar normas para fins de resolução de disputas.

A função jurisdicional, conforme geralmente reconhecido, associa-se com a existência de um sistema judiciário, formado por um complexo de estruturas, de procedimentos e de instituições mediante o qual a sociedade politicamente organizada satisfaz uma das necessidades essenciais à sua sobrevivência e manutenção: a adjudicação das controvérsias pela aplicação concreta de normas socialmente reconhecidas conforme determinados critérios - resolução de conflitos a partir de declarações autoritativas acerca da violação, ou ameaça de violação, das normas primárias ou materiais, com determinação da realização, ou não-realização, dos fatos operativos das normas aplicáveis e das consequências jurídicas para o caso em questão a ser decidido.⁴¹⁵ A função jurisdicional, assim, consiste essencialmente em

⁴¹⁵ O direito material precisa do direito processual para a efetividade do sistema jurídico; disso decorre a imprescindibilidade da função de solucionar os conflitos de interesses decorrentes, fundamentalmente, das situações de dúvida ou ignorância acerca da solução normativa que corresponde a um caso individual ou

entregar a solução dos conflitos entre membros da sociedade a terceiros imparciais, que aplicam, a partir de exigências de racionalidade, determinadas normas reconhecidas pela comunidade a partir de critérios cognoscíveis pelas pessoas em geral e pelos terceiros imparciais incumbidos de integrar a estrutura estatal para fins de realização de tal função.⁴¹⁶

Para que a função jurisdicional seja cumprida, tem-se geralmente como necessária uma série de estruturas, procedimentos, instituições e papéis. Alguns traços ou características, portanto, devem ser reconhecidos como fundamentais, na variedade das formas, diacrônica e sincronicamente, assumidas pela função jurisdicional:⁴¹⁷ (a) as disputas que surgem entre os indivíduos - ou entre a coletividade e os indivíduos -, em relação à concreta aplicação das normas socialmente reconhecidas, devem ser resolvidas pela decisão de um agente (juiz individual) ou um grupo de agentes (juiz colegial), designados institucionalmente para esta tarefa específica, e desde que sejam estranhos às partes em litígio e aos seus interesses conflitantes; (b) ambas as partes em conflito, ou seus representantes técnicos, devem poder dar a sua versão dos fatos, apresentar provas e invocar normas específicas (escritas ou não), na base das quais a decisão a ser proferida deve ao menos fazer alusão, além de servir como pautas para a decisão de outros casos análogos (base para a formação de precedentes decisórios); (c) o órgão judiciário deve se limitar, em princípio, a levar em consideração os fatos formalmente indicados pela parte que lhe confiou o litígio e as provas apresentadas por ambos os litigantes (*secundum allegata et probata*); (d) o julgador deve decidir o litígio à luz das normas socialmente reconhecidas, avaliando dentre estas quais são aquelas que se mostram aplicáveis às asserções fáticas, após o contraditório realizado entre as partes; (e) a escolha das normas que servem como premissa normativa à decisão, bem como os demais

(ameaça de) descumprimento ou transgressão (voluntária ou involuntária) das normas jurídicas. Conforme Alchourron e Bulygin, a jurisdição é obrigatória, consistindo “en encomendar a determinados funcionarios estatales (jueces) la tarea de determinar cuál es la conducta conforme al derecho que deben observar los individuos en cada caso individual, y la de imponer obligaciones y sanciones a todo aquel que no cumpla con lo establecido por el derecho. La jurisdicción es obligatoria en dos sentidos: en el sentido de que el demandado (o acusado) no puede sustraerse al proceso, ni hace falta su consentimiento para que este tenga lugar; y también en el de que las obligaciones y sanciones ordenadas por el juez son impuestas coercitivamente, es decir, mediante la apelación a la fuerza pública en caso de resistencia”. ALCHOURRON; BULYGIN, 2004, p. 203.

⁴¹⁶ A assunção quanto à existência de uma “relação dialética” entre criação e aplicação do direito no âmbito da função jurisdicional decorre da assunção, já assinalada, a respeito da adequada “imagem” do direito, como sendo parcialmente determinado - nem totalmente determinado nem totalmente indeterminado -, imagem esta que implica determinada concepção de interpretação jurídica. Conforme já destacado, a imagem da parcial determinação é a única adequada à distinção entre os planos da ordem jurídica: se na função jurisdicional houvesse somente criação, não haveria plano do direito material (ou pelo menos não haveria o seu adequado delineamento); por outro lado, se na função jurisdicional somente houvesse reconhecimento de um direito totalmente pré-determinado, não haveria adequado delineamento das particularidades do plano do direito processual.

⁴¹⁷ MARRADI, Alberto. Sistema judiciário. In: BOBBIO, Norberto et al. (Org.). *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 1158.

aspectos contidos na resolução do caso (como as provas), deve ser motivada pelo julgador em termos que não deixem transparecer qualquer interferência de considerações subjetivas; a motivação deve revelar o intento de mostrar a decisão como sendo a solução juridicamente correta, ou seja, compatível com o complexo das normas jurídicas (incluindo as decisões precedentes, no grau de sua vinculatividade); a decisão, portanto, deve ser suscetível de ser entendida como a resposta jurídica dada pelos órgãos que exercem a função jurisdicional em seu conjunto, e não como uma resposta de um agente singular ou individualmente considerado; (f) a decisão proferida dirige-se a determinadas pessoas, agentes privados ou órgãos públicos, que devem obedecê-la; ou seja, a decisão tem a pretensão de vinculatoriedade autoritativa, e, assim, deve ao menos ser suscetível de cumprimento por parte dos seus destinatários; os órgãos públicos destinados à execução decisória, portanto, devem prestar colaboração na execução da decisão ao litígio em referência; (g) a decisão, que veicula determinada interpretação do complexo de normas em relação a determinada categoria de fatos - feita pelo órgão institucionalmente autorizado e competente para resolver de modo autoritativo as controvérsias -, passa a fazer parte do sistema normativo (integração que se dá à luz das especificidades institucionais); neste sentido, ela ostenta uma eficácia não limitada apenas ao litígio que por meio da decisão recebeu uma solução final. A decisão, portanto, torna-se suscetível de “reações imitativas” ou “corretivas” por parte de outros agentes integrantes dos órgãos incumbidos de realizar a função jurisdicional.

O exercício da função jurisdicional gera um conjunto de expectativas, valores e atitudes dos membros integrantes do subsistema judiciário, dando ensejo à constituição de um “papel judiciário”. No âmbito deste “papel” confluem:

[...] a convicção dos juízes de terem de decidir as contendas de acordo com as normas e/ou as decisões precedentes, e não segundo as opiniões pessoais sobre o que seria justo ou oportuno no caso; o fato de que efetivamente muitos juízes decidem grande parte dos litígios deste modo, que quase todos crêem fazê-lo de algum modo e que, praticamente, todos se comportem como se o fizessem; a pública expectativa - de que os juízes estão conscientes - de que as pendências sejam decididas deste modo, baseada sobre a convicção que devem sê-lo.⁴¹⁸

Conforme Alberto Marradi, a função jurisdicional deve ser perspectivada a partir da circunstância de que toda decisão judicial gera duas ordens de efeitos: sobre o sistema normativo e fora do sistema normativo.⁴¹⁹ Nesse sentido, inclusive as decisões - que podem ser vistas como sendo a maioria dos casos - que se limitam a repetir determinada interpretação

⁴¹⁸ MARRADI, 1986, p. 1161.

⁴¹⁹ Ibidem, p. 1162.

a respeito de certo conjunto de normas (e/ou a seguir os precedentes judiciais) exercem um efeito sobre o sistema normativo, enquanto consolidam esse tipo de interpretação e essa orientação jurisprudencial. Mais visíveis são os efeitos das decisões que se afastam das precedentes (ou da interpretação consolidada), e realizam uma interpretação mais ou menos inovadora de um grupo de normas. Em relação a tais decisões a dogmática jurídica dirige sua atenção para fins de análise e avaliação do grau de precisão técnica e de coerência ou compatibilidade com o complexo das normas integrantes do sistema jurídico. Essa análise ou avaliação, na medida de sua disseminação, também repercute (ou pode vir a repercutir) em efeitos sobre o sistema normativo, contribuindo para (des)legitimar a nova direção interpretativa. De interesse mais geral são os efeitos que uma decisão provoca fora do sistema normativo, com as conseqüentes reações dos interessados, ou seja, das partes da causa (compreendidos os representantes da coletividade que se apresentam como partes), os detentores de funções executivas ou decisórias no sistema político ou administrativo e, por vezes, também certos setores do público. As duas partes podem aceitar a decisão; neste caso encerra-se a disputa para todos os efeitos. Se uma das partes - ou ambas - não quiser acatá-la, os sistemas judiciários costumam oferecer a possibilidade de suspender (ou fazer cessar) os efeitos recorrendo a um órgão judiciário de grau mais elevado. As reações dos litigantes podem, portanto, voltar a envolver o sistema judiciário, conseguindo eventualmente que o órgão de grau superior avalie uma situação de fato ou interprete um grupo de normas de maneira diferente do órgão inferior. A segunda possibilidade tem reflexos relevantes sobre o sistema jurídico, enquanto permite a um órgão superior corrigir como “erros” todas as interpretações inovadoras dos órgãos inferiores, garantindo a estabilidade - valorada positivamente para determinadas questões jurídicas - do sistema.

Há, evidentemente, limitações da eficácia concreta das decisões proferidas no âmbito da função jurisdicional. O sistema judiciário pode cumprir sua função com tanto maior efetividade, imparcialidade e adesão às normas quanto mais estiver institucionalmente separado do resto do sistema político ou administrativo, constituindo, no âmbito da sociedade politicamente organizada, um subsistema autônomo. Tal autonomia tem duas faces: de uma parte, consiste nas múltiplas garantias necessárias para que o sistema possa funcionar corretamente segundo os ditames da função judiciária (incluindo as garantias da magistratura), sem instruções ou coações “de fora” nem perspectivas de sanções (e/ou recompensas) devidas ao conteúdo das suas decisões; da outra parte, requer que o sistema judiciário não tenha meios de intervenção espontânea e direta na execução de tais decisões (e, em geral, na concretização de suas orientações interpretativas) e tenha de depender da

colaboração de outros setores do sistema político ou administrativo. Só no equilíbrio destas duas condições se realiza a autonomia: se se enfraquece a primeira, tende-se à subordinação do sistema judiciário ao resto do sistema político ou administrativo; se se enfraquece a segunda, tende-se ao seu domínio, em detrimento da distribuição constitucional de competências dos poderes e órgãos estatais.

Além da limitação da decisão coativa ao litígio singular e do fato de que, em cada caso, é necessário um certo grau de colaboração de órgãos estranhos à função jurisdicional para executar tal decisão, existe a vinculação ao objeto reclamado pela parte em litígio; existem, ademais, todos os “ônus” da imparcialidade própria da função judiciária, especialmente aquele atinente à circunstância de que uma questão não pode ser levantada autonomamente por um órgão judiciário, mas deve ser-lhe submetida como disputa em que parte tem determinado interesse, que seja direto e não fictício; além disso, também, o fato de que os juízes são geralmente obrigados a não discutir publicamente as questões de que são incumbidos, e muitas vezes se espera que evitem contatos não profissionais que possam colocar em dúvida sua imparcialidade.⁴²⁰

A função jurisdicional associa-se com a diferenciação das normas de competência especificamente judicial, a partir de cuja delimitação restritiva exsurtem os procedimentos correspondentes, distintos dos procedimentos associados às normas de competência legislativa e administrativa. Esta competência judicial inclui a própria interpretação da “vinculação dos juízes às normas jurídicas”, uma vez que, de outra forma, não haveria como cumprir com a imposição de decidir todos os casos submetidos à apreciação judicial dentro do respectivo âmbito de competência do julgador. A tarefa judicial, nesses moldes, caracteriza-se pela necessidade de decidir todos os casos submetidos à apreciação judicial, ou seja, os juízes enfrentam uma dupla exigência: decidir sobre cada caso e decidir de modo juridicamente fundamentado. Para Niklas Luhmann, a proibição do *non liquet* tem o condão de colocar os tribunais como o “centro” do sistema jurídico (as demais instituições compõem, assim, a parte “periférica” do sistema).⁴²¹ O fato de que o sistema veja-se ante a necessidade de decidir é uma decorrência da autonomização do direito perante os demais sistemas em especial (como o

⁴²⁰ MARRADI, 1986, p. 1162.

⁴²¹ LUHMANN, 2005, p. 366. Para o autor, “la necesidad de que se decida y la libertad que surge precisamente al buscar razones (cuestionables) para llegar a una decisión, resultan restringidas por los puntos de vista de la justicia. Y es esta tríada de necesidad, libertad y restricción la que produce el derecho”, *ob. cit.*, p. 366. Assim, segundo Luhmann, somente os tribunais, que exercem a função jurisdicional, “devem transformar a indeterminação em determinação”; somente eles têm o “poder de transformar a necessidade (de decisão) em liberdade (de decisão)”.

político) e o sistema social em geral. O estado do sistema jurídico, nesses moldes, não é um resultado direto do estado do mundo social.

A proibição do *non liquet*, quando prevista institucionalmente, consubstancia o pressuposto para a organização da ordem jurídica como “universalmente competente” e, ao mesmo tempo, capaz de decidir. Pode-se dizer, então, que a combinação entre tal universalidade e a capacidade de decisão expressa-se na “proibição de denegação de justiça”, possibilitando a formulação de pretensões de validade contrafáticas, embasadas em expectativas normativas. A previsão institucional da obrigatoriedade de decisão coloca-se em prática com base no formalismo processual, à luz de decisões que “no abordan los detalles del litigio como pudieran ser las reglas de la carga de la prueba, las faltas de observación de los plazos, las incompetencias, las disposiciones del procedimiento o también las reglas sustanciales de la conveniencia (*de minimis non curat praetor*)”.⁴²² Por outro lado, a discrepância entre a necessidade de decidir e a possibilidade de tomada de decisões judiciais convincentes (sob o ponto de vista da compatibilidade com as normas jurídicas) expressa-se na instituição da força coercitiva da ordem jurídica, que se manifesta, concretamente, apenas em momentos precisos: por mais questionável que tenha sido (e que siga sendo) determinada decisão, a força coercitiva do aparato da ordem jurídica exonera-a de um contínuo questionamento. A partir disso, evidencia-se, outrossim, o nexo existente entre a obrigatoriedade de decidir dos tribunais e a instituição da *res iudicata*.

A função jurisdicional, como subsistema “central” do sistema jurídico, estrutura-se como um sistema de organização: decide, assim, acerca da inclusão (ou exclusão) dos seus membros integrantes, com a finalidade de produzir compromissos especiais nos juízes. O “ingresso” na magistratura significa que o juiz subordina-se a restrições que não são aplicáveis a qualquer pessoa: a aceitação do ofício implica o enquadramento comportamental conforme as regras regentes de tal ofício, com atendimento, inclusive, de determinadas pautas metodológicas e pautas de conteúdo vigentes em relação ao exercício do cargo. Somente por meio da organização garante-se a “universalidade da competência”, que implica uma relação entre o dever de decidir e o poder de decidir sobre todas as questões jurídicas submetidas à apreciação dos juízes. Tal particularidade relaciona-se com o fato de que os tribunais atuam com um nível de “isolamento cognitivo” muito maior do que aquele norteador da atuação das demais instituições componentes da ordem jurídica; tais instituições, ao contrário dos tribunais, garantem sua autonomia ao “não-ter-que-decidir”. Esta combinação entre o tipo de

⁴²² LUHMANN, 2005, p. 375.

autonomia dos tribunais e o tipo de autonomia das demais instituições jurídicas (não componentes da função jurisdicional) possibilita o funcionamento do direito de modo a não refletir uma mera extensão de operações externas à ordem jurídica. Por outro lado, a organização é importante porque filtra as repercussões das decisões judiciais em relação aos “ingressos” e à posição dos juízes, posição esta também resguardada em face de pressões sociais. E, sobretudo, à luz da importância que tem para a *praxis* moderna o cálculo de consequências, mostra-se decisivo que ao juiz não recaia responsabilização pelas consequências sociais de suas decisões. Essa ausência de responsabilidade dos julgadores pelas consequências sociais das decisões, garantida pela organização estruturante da função jurisdicional, serve como mecanismo de decidibilidade diante da proibição do *non liquet*.⁴²³ Sem a organização, e os deveres estatutários do cargo ou ofício judicante dela decorrentes, não há como combinar a independência dos tribunais, a vinculação dos juízes às normas jurídicas e a “proibição de denegação de justiça”.

Nesse contexto, Luhmann destaca que a centralidade dos tribunais no sistema jurídico não significa que eles sejam mais importantes do que, por exemplo, os legisladores; o que se pretende demonstrar, ao contrário, é que a diferenciação do binômio “obrigação de decidir/não-obrigação de decidir” implementa-se, no plano da realidade empírica, de forma simultânea e complementar. Disso depende que “el sistema del derecho, al tomar sobre sí una competencia universal, sea capaz de clausurarse operativamente para cumplir con una función específica del sistema de la sociedad”.⁴²⁴ A “universalidade da competência”, no caso da função jurisdicional, associa-se com o fato de que os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, particularidade nem sempre destacada quando se fala a respeito da atividade dos tribunais.

Nesse sentido, quando se destaca que a função jurisdicional tem como finalidade assegurar a defesa dos direitos e interesses legítimos (ou legalmente protegidos) dos cidadãos e dirimir os conflitos de direitos ou interesses públicos ou privados, bem como reprimir de um modo geral as violações da legalidade democrática, acentua-se o caráter tutelador dessa função: ora no sentido de tutela dos direitos subjetivos, ora no sentido de tutela do direito objetivo. Essa é a premissa para a conexão, fundamental no Estado constitucional, entre a função exercida pelos tribunais e a prestação de tutela jurisdicional, conexão esta que se

⁴²³ A irresponsabilidade dos juízes pelas consequências sociais das decisões consubstancia-se como condição necessária da independência judicial, reforçada pelas chamadas garantias da magistratura (como a inamovibilidade do juiz, além da previsão das incompatibilidades da função com o exercício de determinadas atividades).

⁴²⁴ LUHMANN, 2005, p. 385.

reporta à legitimação do exercício de tal função com base na vinculação dos juízes às normas jurídicas e no respeito dos deveres estatutários do cargo, ou seja, no respeito pelo estatuto da função em que os titulares dos órgãos judiciários são investidos. Assim, quando se trata da função de aplicação das normas jurídicas, a legitimidade (ou “representatividade”) dos órgãos a que é cometida tal função (juízes e tribunais) decorre da vinculação às normas provenientes da atuação de órgãos direta ou indiretamente legitimados pela soberania popular, em correlação com a observância pelos titulares do poder judicial do estatuto próprio de sua função (dos deveres ou do *ethos* do cargo). Todo aquele que atua no exercício de uma competência que lhe é atribuída por normas organizatórias do sistema (desde que nesta competência não esteja envolvido um poder de opção política) ostenta uma legitimidade para o exercício do cargo mediatizada pela vinculação às normas jurídicas.

A legitimidade (ou “representatividade”) da função jurisdicional, assim, tem caráter “estatutário”, no sentido de se tratar de uma competência constitucionalmente atribuída para a realização e implementação das pautas manifestadas e definidas pelo representado (o povo), por meio dos órgãos compostos por titulares eleitos. A vinculação às normas jurídicas, assim, corresponde ao fundamento de legitimidade da função jurisdicional porque, desse modo, os juízes vinculam-se às diretivas decorrentes do poder soberano (emanado do povo). Desse modo, pode-se dizer que “todo aquele que decide no exercício de uma competência que lhe é atribuída por regras jurídicas organizativas, respeitando os limites dessa competência e procedendo de conformidade com o estatuto do seu *officium* (deveres do cargo) decide em nome do povo”.⁴²⁵ No âmbito do Estado constitucional o titular da função judicial tem de realizar os interesses de todo o povo; o *ethos* democrático da função (do “papel judiciário” anteriormente aludido, papel este que o estatuto impõe ao titular da função)⁴²⁶ vincula o juiz às normas jurídicas, enquadrando sua atuação como o desempenho de uma “função de representação do todo” (no sentido de toda a coletividade ou povo legitimante). A exigência de decidir de acordo com o *ethos* do seu *officium* significa, portanto, que ao juiz não é confiado um poder de decisão de acordo com suas concepções pessoais de justiça; ao contrário, sobre ele recai o dever de decidir conforme critérios objetivos (ou determináveis).

⁴²⁵ MACHADO, 2008, p. 142 (“em nome do povo porque de conformidade com os interesses e o sentir de todo o povo legitimamente interpretados pelos órgãos legislativos”).

⁴²⁶ O “papel judiciário” decorre das condições a partir dos quais um indivíduo integra-se no âmbito de um grupo que atua na instituição encarregada de aplicar normas conforme determinados critérios, tornando-se, assim, membro da instituição em questão. O conjunto de tais condições conforma o modelo de prática judicial (Capítulo 7, 7.3).

No âmbito da função jurisdicional, as decisões são tomadas de um ponto de vista estrita e exclusivamente jurídico; as decisões proferidas no âmbito das demais funções estatais, ao contrário, fundam-se em bases (cognitivamente) mais “abertas” para outros pontos de vista, que tenham como objetivo a realização transformadora da ordem social, à luz de cálculos, prognoses e previsões acerca das consequências sociais em relação a determinadas conjunturas esperadas ou sobre uma eventual evolução de determinadas circunstâncias empíricas. O exercício da função jurisdicional, desse modo, não envolve prognoses com vista à realização de uma ordem social (particularidade que justifica a ausência de responsabilidade do juiz pelas consequências sociais das decisões judiciais). Decisões com influência realizativa ou transformadora sobre a ordem social e econômica, baseadas em prognoses sobre o futuro e sobre a possível influência decisória na modelação efetiva de determinada ordem social (finalisticamente valorada como sendo de implementação desejável), compõem a matéria da competência dos órgãos legislativos e governamentais - e, por isso mesmo, politicamente responsáveis -, dos quais deve depender a administração (cuja tarefa corresponde ao cumprimento dos programas e diretivas políticas e governamentais).⁴²⁷ Por tal razão os órgãos legislativos não podem decidir ou julgar em termos definitivos sobre os efeitos jurídicos que as normas em vigor operaram em determinado caso concreto.

Em complementação, impende destacar que as questões suscetíveis de decisão judicial, no âmbito do Estado de Direito, estão sujeitas ao controle jurisdicional; à função jurisdicional, à luz da imparcialidade e independência dos tribunais - cuja atuação por um processo juridicamente organizado e estruturado com base nos direitos fundamentais -, atribui-se uma específica competência para decidir os litígios do ponto de vista da juridicidade, particularidade que possibilita uma garantia maior de objetividade e correção jurídica dos meios procedimentais e dos resultados decisórios.

O destaque quanto à correção jurídica (do processo e do resultado do processo) serve para ressaltar que a função jurisdicional não pode ser vista como exclusivamente destinada à resolução de controvérsias (em pese a importância dessa tarefa).⁴²⁸ A capacidade de pôr fim

⁴²⁷ “A aplicação jurisdicional do direito implica aspectos verdadeiramente constitutivos no desenvolvimento de uma ordem jurídica informada pela ideia de direito. Mas trata-se sempre de uma actividade jurídico-constitutiva dentro de uma ordem jurídico-social que já é vigente - não de uma ordem social-econômica a criar, não do ponto de vista do efeito factual que a decisão poderá ter para a constituição de uma outra ordem social, por mais justa e desejável que se considere”. MACHADO, 2008, p. 147. Sobre a análise das tensões entre a função judicial de resolução de conflitos e a função de implementação de políticas públicas, vide DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1991.

⁴²⁸ Melvin Eisenberg assinala que a função judicial de resolução dos conflitos diz respeito, diretamente, às partes e ao “passado”; a função judicial de “suprimento” e de desenvolvimento das normas jurídicas diz respeito à sociedade em geral e ao “futuro”. O objetivo da instituição judiciária, segundo Eisenberg, está em conciliar as

aos conflitos, assim, corresponde a um aspecto da função jurisdicional; não se deve olvidar, portanto, que entre a solução das controvérsias e a justiça das decisões judiciais não existe correspondência necessária: uma controvérsia pode ser eficazmente resolvida (no sentido de que efetivamente põe fim ao conflito entre as partes) por uma decisão radicalmente injusta, assim como uma decisão substancialmente justa pode não resolver o conflito entre os litigantes (decisões fundadas em normas inaplicáveis ou em determinada reconstrução errônea dos fatos, por exemplo, podem pôr fim aos conflitos submetidos à apreciação judicial). Significa dizer: se a função fosse apenas a solução de conflitos olvidar-se-ia a relevância da qualidade da decisão que soluciona o conflito; a decisão efetiva sob o ponto de vista da resolução da controvérsia pode não ser juridicamente correta, ou seja, conforme as normas jurídicas. Com base nisso, afirma-se que o direito constitucional de ação, como nexos entre o plano do direito material e o plano do direito processual, não se configura como uma “faculdade abstrata”, e sim como “una facultad dirigida al fin de obtener la tutela jurisdiccional de los derechos subjetivos y los intereses legítimos del actor; la acción judicial no se dirige, por conseguinte, de forma genérica, a obtener la solución de una controvérsia, sino a lograr que se determine la existencia de una situación jurídica.”⁴²⁹

Nesse sentido, a função jurisdicional desenvolve-se por meio da determinação da posição jurídica que constitui o objeto sobre o qual recai o exercício da atuação judicial, compreendendo tanto a dimensão jurídica (o direito sobre cuja existência se discute), quanto a dimensão fática da controvérsia (a determinação das circunstâncias concretas em que funda a existência do direito). Portanto, assumir que as decisões judiciais devem ser juridicamente embasadas significa introduzir um requisito de qualidade decisória, particularidade em si mesma objeto de valoração e avaliação, e não apenas como resultado de um procedimento potencialmente idôneo para pôr fim à controvérsia. Assim, as decisões juridicamente incorretas ou infundadas não são aceitáveis, com independência dos procedimentos a que se vincularam, e com independência, ainda, do fato de que tenham, efetivamente, resolvido a controvérsia entre os litigantes. E uma condição necessária para a correção jurídica da decisão é que ela esteja fundada em uma determinação verdadeira dos fatos do caso: um sujeito é

tenções decorrentes da diferença de orientação entre estas duas funções. EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p. 7.

⁴²⁹ TARUFFO, 2010, p. 132. Taruffo enfatiza que “en los sistemas regidos por el principio de legalidad, la jurisdicción tiene como fin la determinación y la actuación del derecho: esto implica que la decisión judicial debe fundarse em la correcta aplicación de la ley a las circunstancias del caso concreto”. Ibidem, p. 133.

efetivamente titular de um direito apenas quando são verdadeiros os fatos dos quais depende em concreto a existência deste direito.⁴³⁰

A existência de relação entre as funções do direito em geral e a função jurisdicional em especial associa-se com o delineamento da diferenciação e relação entre o plano do direito material e o plano do direito processual: a função primária do direito é guiar (ou “canalizar”) as condutas das pessoas, por meio de diretrizes legais a partir das quais estas pessoas podem ajustar os seus comportamentos; a função de resolução de conflitos (realizada de modo proeminente pelos juízes) “ativa-se” quando a aludida função primária não logra êxito em seu intento em determinado aspecto e, por conseguinte, quando as diretrizes legais não conseguem promover a coordenação dos comportamentos no plano social. Por isso que as normas jurídicas em geral devem apresentar como característica essencial a possibilidade de congruência entre seus conteúdos e os comportamentos dos destinatários, sob pena de inaptidão das normas para fins de integração como premissa no raciocínio prático dos agentes e, conseqüentemente, sob pena de não cumprimento, pelo direito, da função de guia e coordenação das condutas. Destarte, a especificação do direcionamento de condutas como função primária em relação à função de resolução de conflitos associa-se com a importância da distinção entre incidência e aplicação das normas jurídicas.

Em última análise, a função jurisdicional corresponde à prestação de tutela jurisdicional, associada com o dever estatal de tutela que caracteriza o Estado constitucional e, por conseguinte, associada ao conceito de tutela material. Assim, a função do juiz não é apenas a de editar a norma individual, mas sim a de tutelar concretamente o direito material, se necessário mediante meios de execução (ou, de forma mais geral, mediante as técnicas processuais estruturadas segundo as necessidades do direito material).⁴³¹. Nessa esteira, conforme aduz Marinoni:

⁴³⁰ TARUFFO, 2010, p. 133. A partir do exposto, o autor consigna que “parece sensato discutir acerca de una función epistémica del proceso, considerándolo como un conjunto estructurado de actividades encaminadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos relevantes para la solución de la controversia”, tendo em vista que “el descubrimiento de la verdad es un fin esencial del proceso y una condición necesaria de la justicia de la decisión”. Ibidem., p. 156. Taruffo destaca, por outro lado, que o fim aludido não é o único que o processo persegue: “la función epistémica que el proceso puede cumplir es muy importante, pero no es la única. El proceso es, em realidad, también un ‘lugar’ en que se aplican normas, se realizan valores, se aseguran garantías, se reconocen derechos, se tutelan intereses, se efectúan elecciones económicas, se enfrentan problemas sociales, se asignan recursos, se determina el destino de las personas, se tutela la libertad de los individuos, se manifiesta la autoridad del Estado... y se resuelven controversias por medio de decisiones deseablemente justas”. Ibidem, p. 156.

⁴³¹ Luiz Guilherme Marinoni aduz que “a jurisdição, atualmente, tem a função de tutelar (ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais”. Segundo o autor, “a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo. Sem ela seria impossível ao Estado não apenas dar tutela aos direitos fundamentais e permitir a participação do povo na reivindicação dos direitos transindividuais e na correção dos desvios na gestão da coisa pública, mas sobretudo

[...] os conceitos de dever estatal de tutela e de tutela dos direitos se destinam a fundamentar o que se entende por tutela jurisdicional no Estado constitucional. Os dois primeiros conceitos são fundantes do último, na medida em que servem para demonstrar que o legislador e o juiz estão submetidos, no Estado constitucional, ao dever estatal de tutela dos direitos e ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, assim, que o conceito de tutela jurisdicional tem o seu conteúdo nitidamente influenciado pelos conceitos de dever estatal de proteção e de tutela dos direitos.⁴³²

9.3 FUNÇÕES DA DOGMÁTICA JURÍDICA

Em relação às funções da dogmática, incumbe assentar o seguinte:

(TFSDJ): a dogmática jurídica em geral está “em função” das funções sociais do direito, e a processualística, por seu turno, está “em função” da função jurisdicional.

Assim, a função social da dogmática jurídica em geral, e da processualística em especial, exsurge à luz de uma estratificação ou sobreposição de linguagem, em termos de relação entre metalinguagem e linguagem-objeto, relação esta cujo desenvolvimento consubstancia a experiência jurídica (que recebe o influxo de uma modelagem dogmática). A dogmática jurídica envolve, fundamentalmente, uma combinação de três atividades: (a) a descrição do direito vigente; (b) a análise sistemática e conceitual deste direito; e (c) a elaboração de propostas para a solução de casos genéricos ou hipotéticos problemáticos. Em correlação com estas atividades, existem três dimensões da dogmática:⁴³³ (1) dimensão empírico-descritiva (descrição e prognose da *praxis* dos tribunais e perquirição das intenções legislativas); (2) dimensão lógico-analítica (análise dos conceitos jurídicos - e de suas conexões - e investigação acerca das relações entre as diversas categorias de normas); e (3) dimensão prático-normativa (delineamento de nexos de fundamentações interpretativas, proposição de novas normas ou institutos jurídicos e crítica de decisões judiciais à luz da construção de determinadas pautas de correção).⁴³⁴

garantir a razão de ser do ordenamento jurídico, dos direitos e das suas próprias formas de tutela ou proteção”. MARINONI, 2006, p. 134.

⁴³² MARINONI, 2006, p. 138. A integração entre os planos da ordem jurídica deve ocorrer à luz da visualização das necessidades do direito material a partir da Constituição e dos direitos fundamentais: a estrutura técnica do processo e a função jurisdicional devem viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material.

⁴³³ Em paralelo aos modelos dogmáticos, conforme exposto no Capítulo 2, 2.1 e 2.2.

⁴³⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC, 1997. p. 241. Existem relações entre as três dimensões: a descrição do direito vigente pressupõe um determinado instrumental conceitual; a análise lógica e linguística das normas jurídicas pressupõe a descrição do direito vigente; a elaboração de propostas de

Os enunciados componentes da dogmática formam-se, fundamentam-se e comprovam-se no marco de uma atividade que funciona institucionalmente. Essa funcionalidade institucional corresponde à pragmática dos enunciados dogmáticos, especificando-os em relação aos enunciados práticos em geral. Segundo Robert Alexy, o fato de que a dogmática funcione institucionalmente significa uma considerável ampliação da discussão, no que concerne ao tempo e ao objeto: quanto à dimensão temporal, as conclusões das discussões do passado podem ser retomadas, comprovadas mediante a experiência e, em consequência, rechaçadas ou mantidas; quanto à dimensão do objeto, os efeitos de uma solução são controláveis por meio das soluções de outras questões.⁴³⁵ A institucionalização significa que um elemento fundamental dos enunciados permanece mais ou menos indiscutido durante um lapso temporal (inegabilidade de pontos de partida: nenhum dogmático pode fundamentar todos os enunciados dogmáticos em que se apóia para a discussão de determinado problema jurídico); tal particularidade facilita a discussão das questões jurídicas problemáticas. Ademais, tal característica associa-se ao fato de que os enunciados dogmáticos podem ser invocados como argumentos para as decisões de questões que não poderiam ser resolvidas unicamente com enunciados ou argumentos de outra índole, notadamente os empíricos. Nesse sentido, a dogmática jurídica pode ser definida, portanto, como uma série articulada de enunciados que se referem às normas jurídicas vigentes e à sua aplicação (mas que não se limitam à descrição do direito, à vista da problematização e crítica das normas), enunciados que se encontram em relação de coerência mútua (ou tem na coerência um ideal a ser buscado), e se formam no marco de uma atividade que funciona institucionalmente.

Nesse contexto, distinguem-se seis funções da dogmática jurídica em geral e da processualística em especial:⁴³⁶ (1) de estabilização; (2) de progresso; (3) de descarga; (4)

normas e decisões, uma vez que estas têm lugar no marco do sistema jurídico existente, pressupõe o conhecimento das normas integrantes de tal sistema.

⁴³⁵ Ibidem, p. 245.

⁴³⁶ Juan Antonio Cruz Parceró, de seu turno, arrola as seguintes atividades básicas da dogmática: (a) identificação do objeto de estudo; (b) descrição das normas contidas nas formulações normativas (textos); (c) sistematização das normas, com identificação das contradições, lacunas, redundâncias, vaguezas, ambiguidades e indeterminações normativas, para fins de apresentação ordenada e coerente e exposição simplificada do material normativo (com base em determinados critérios: reconstrução racional do direito); (d) definição, criação e utilização de conceitos; (e) elaboração e utilização de distinções, classificações, categorias, critérios interpretativos e teorias; (f) explicitação de normas implícitas no ordenamento; (g) interpretação das formulações normativas, à luz de métodos interpretativos; (h) análise e descrição de fatos relacionados com as normas; (i) argumentação em favor ou contra decisões, interpretações, normas e teorias; (j) reflexão sobre valores jurídicos, com emissão de juízos valorativos sobre o conteúdo das normas e sobre o funcionamento da ordem jurídica; (l) recomendação de decisões, normas e instituições jurídicas; (m) formulação de juízos de prognose acerca das decisões dos julgadores; (n) legitimação e crítica do regime político; e (o) ensino, transmissão e difusão das doutrinas jurídicas. PARCERO, Juan Antonio Cruz. Los métodos para los juristas. In: COURTIS, Christian (Ed.). *Observar la ley*. Madrid: Trotta, 2006. p. 20.

técnica; (5) de controle e (6) heurística. A função de estabilização cumpre-se na medida em que, com o auxílio de enunciados dogmáticos, fixam-se (e, desse modo, tornam-se reproduzíveis) determinadas soluções a questões práticas. Isto só é possível na medida em que a dogmática opera institucionalmente: determinadas formas (ou modelos) de decisão podem ser fixadas durante largos períodos de tempo, reduzindo a complexidade das possibilidades discursivas, evitando, com a rediscussão de todas as questões implicadas, a discrepância de resultados decisórios, em congruência com a máxima de universabilidade de razões. A estabilização, porém, não significa que cada enunciado dogmático aceito deva ser mantido por tempo ilimitado: o que se exclui é o seu afastamento sem o oferecimento de razões robustas por aquele que pretende a modificação da solução que o enunciado confere suporte. As razões em favor da nova solução devem ser robustas para justificar não apenas essa solução, mas também o rompimento com a solução dogmática consolidada. A função de estabilização, portanto, implica alocação da carga da argumentação em direção àquele que pretende o afastamento da solução suportada pelo enunciado dogmático consolidado.

A função de progresso associa-se com a institucionalização da dogmática (ou seja, a ampliação da discussão jurídica na dimensão temporal, objetual e pessoal), que permite a realização de comprovações e diferenciações de enunciados dogmáticos em uma medida consideravelmente maior do que seria possível em discussões desenvolvidas de forma pontual. Isso torna possível falar-se em progresso da dogmática.

A função de descarga diz com um dos postulados da construção dogmática de modelos: a inegabilidade dos pontos de partida. Associa-se, assim, com a necessidade prático-social de colocar o imperativo de decidir que recai aos tribunais (vedação do *non liquet*) em termos de decidibilidade; a função de descarga mostra-se indispensável para o cumprimento da tarefa dos tribunais, à luz da pressão de tempo para a emissão de decisões. Tal função mostra-se importante, ainda, em relação à discussão científico-jurídica. A possibilidade de poder adotar nas fundamentações jurídicas, ao menos de modo provisório, enunciados dogmáticos já comprovados, consolidados ou aceitos, supõe uma descarga na medida em que, sem uma razão especial e robusta, não se torna necessária nova fundamentação em relação ao(s) enunciado(s) que serve(m) de suporte à decisão. É importante ressaltar, por outro lado, que a construção de modelos dogmáticos também apresenta um efeito de carga (e não de descarga); significa dizer: a elaboração sistemático-conceitual do direito tem o condão de tornar mais complexas as possibilidades decisórias. Isto não pode obscurecer o fato de que a consolidação de enunciados dogmáticos (especialmente as definições de conceitos juridicamente relevantes) proporciona o reconhecimento geral e a suficiente determinação

para fins de evitar a problematização das premissas decisórias em grande parte dos casos jurídicos.

A função técnica diz respeito à conceptualidade e à sistematização dogmática do direito, para fins de apresentação simplificada das normas jurídicas, em conformidade com as relações de dependência existente entre elas - à luz da unidade do ordenamento jurídico -, a partir dos quais a dogmática jurídica estabelece nexos de fundamentação jurídica. Desse modo, a dogmática (como metalinguagem analítico-conceitual) desenvolve uma função de informação, promove a aprendizagem e o conhecimento da matéria jurídica e, com isto, a capacidade de transmissão da informação a respeito de tal matéria.⁴³⁷

A função de controle diz respeito à consistência ou compatibilidade lógico-sistemática entre os enunciados dogmáticos e as formulações normativas, entre os enunciados entre si, e entre os enunciados, as formulações e as decisões a fundamentar. As dogmáticas permitem decidir casos não de maneira isolada, mas sim em relação a uma série de casos decididos e casos por decidir, à luz do suporte das soluções jurídicas com pontos de vista constantes (controle da capacidade de variação tanto das normas como dos casos, assinalando os limites a partir dos quais uma solução pode ser considerada conforme o direito).

Por fim, a função heurística diz respeito à série de modelos de solução decisória oferecidos pela dogmática jurídica. O instrumental analítico-conceitual consubstancia “un fructífero punto de partida para nuevas observaciones y relaciones, pues en la medida en que sintetiza el estado de comprensión alcanzado en los respectivos problemas singulares y generaliza su fecundidad, se convierte también en iniciador de nuevos conocimientos que no se hubiesen ofrecido, ni menos aún hubiesen prevalecido, si la reflexión hubiese quedado aislada, sin sistematización”⁴³⁸ A dogmática articula meios pelos quais o material jurídico é controlado para além do que é imediatamente dado e é preparado para a sua utilização. Por intermédio da dogmática, portanto, o “material jurídico dado - em leis e decisões judiciais - é despido de sua imediatez e do seu ser um mero dado, é posto num contexto geral e, olhado de novo a partir daqui, torna-se suscetível de interpretação numa medida mais ampla”.⁴³⁹

⁴³⁷ ALEXY, ano, p. 259.

⁴³⁸ Ibidem, p. 260.

⁴³⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2000. p. 321. Conforme o autor, a dogmática cria uma distância frente à multiplicidade confluyente de normas e decisões singulares, que permite levar em conta aquilo que se encontra inexpresso, corrigir imprecisões e continuar a ser flexível na aplicação a situações que se alteram continuamente. Destarte, a dogmática realiza a mediação permanente entre as exigências decorrentes dos valores e o conjunto das normas dadas, bem como entre estas e as suas aplicações a situações variáveis.

À luz de tais funções da dogmática jurídica em geral, e da processualística em especial, depreende-se que o instrumental dogmático produz resultados que não seriam possíveis unicamente com os meios do discurso ou argumentação prática em sentido amplo. Tais resultados - associados com a estabilização, a controlabilidade e a função heurística - concernem, especialmente, à concretização da máxima da universabilidade das razões (como exigência de racionalidade); nesse sentido é que se afirma a autoridade da razão dogmática, tendo em vista a associabilidade dos enunciados dogmáticos com as formulações de normas válidas e com enunciados empíricos. Os resultados produzidos em virtude das funções aludidas pressupõem a distinção, no âmbito da dogmática, entre uma atividade de conhecimento e uma atividade de modificação do direito: a dogmática formula tanto enunciados de interpretação ou sistematização do material jurídico com preservação da informação e conteúdo normativo - enunciados de natureza cognoscitiva - quanto enunciados de natureza não-cognoscitiva, ou seja, com propósitos modificativos do material jurídico existente ou vigente. A formulação de enunciados de natureza cognoscitiva está associada com a função de estabilização,⁴⁴⁰ no sentido, fundamentalmente, de estabilização das condições de verdade de enunciados jurídicos concernentes a direitos e deveres jurídicos. A distinção entre conhecimento e modificação não obscurece o fato de que as soluções dogmaticamente propugnadas são derivadas ou inferidas do conjunto normativo interpretado, mas elas “retroatuam” sobre o mesmo objeto de conhecimento, ao fixar posição sobre as soluções consideradas adequadas, descartando outras reconstruções alternativas.

A partir da distinção exposta, Guillermo Lariguet diferencia o “auxílio” descritivo do “auxílio” normativo prestado pela dogmática jurídica; no âmbito do auxílio normativo, especifica as seguintes modalidades: (a) auxílio normativo direto e auxílio normativo indireto; (b) auxílio normativo explícito e auxílio normativo encoberto; e (c) auxílio normativo instrumental e auxílio normativo não-instrumental.⁴⁴¹ O auxílio é descritivo quando os juristas dogmáticos desenvolvem tarefas de interpretação e sistematização (ou reformulação dedutiva) que preservam a informação proveniente do material normativo objeto de reconstrução ou, ao menos, o caráter cognoscitivo da atividade ostenta prioridade lógica sobre a modificação eventualmente realizada em relação à informação proveniente do material normativo. A

⁴⁴⁰ Os enunciados dogmáticos, segundo Karl Larenz, “comungam da autoridade da lei, que não pode ser posta em causa no quadro da dogmática de um determinado direito positivo. O termo dogmática significa a vinculação do processo de conhecimento àquilo que na lei é assumido e que, neste quadro, deixa de ser questionado”. *Ibidem*, p. 320. Conforme Larenz, a dogmática deixaria de ser considerada como tal no momento em que se desprendesse da vinculação às normas, colocando “na sua mira” estruturas materiais que “valem” independentemente de um direito positivo.

⁴⁴¹ LARIGUET, 2007, p. 213.

idéia subjacente ao auxílio descritivo é que somente se torna possível modificar o material previamente identificado, descritiva e objetivamente. A dogmática jurídica auxilia a prática jurídica na medida em que as reconstruções teóricas do direito subministrem informações normativas da forma mais objetiva possível. Nesse sentido, a dogmática fornece uma base de apoio para a tarefa de justificações de decisões judiciais, tendo em vista o papel da dogmática em relação à caracterização de casos - à luz das taxonomias conceituais - e à seleção das normas aplicáveis. Conforme Lariguet,⁴⁴² a partir disso a dogmática “presta auxilio no sólo a jueces y otras autoridades prácticas sino también a la sociedad que es afectada por sus decisiones”, exurgindo, assim, uma função social da dogmática.

O auxílio é normativo quando os juristas dogmáticos desenvolvem tarefas de interpretação para fins de modificar o direito como, por exemplo, quando interpretam a informação proveniente do material jurídico para alterar o significado dos termos empregados pelas autoridades normativas (mediante a extensão ou contração do âmbito de aplicação das normas), ou para adscrever o sentido de expressões indeterminadas, ou, ainda, quando interpretam tal informação para integrar lacunas normativas (com enunciados de *lege ferenda*). A relevância desta função prática da dogmática revela-se como uma espécie de complementação das autoridades normativas no que concerne aos casos difíceis: em certo sentido, portanto, pode-se dizer que esta função prático-social da dogmática corresponde a uma atividade mediadora entre as autoridades normativas (especialmente, legisladores e juízes) e os cidadãos, porquanto de tais interpretações de caráter normativo resultam as especificações acerca das pretensões das autoridades em relação àquilo que afeta os interesses dos cidadãos.

O auxílio normativo é direto quando os juristas dogmáticos utilizam os conceitos e a interpretação para introduzir normas adicionais em relação àquelas tidas em conta pelas autoridades normativas, a partir da pretensão dogmática de auxiliar os julgadores a decidirem os casos levando em consideração certas normas ainda não positivadas, que, segundo o discurso de auxílio, operariam como exceções implícitas às normas gerais positivadas. O auxílio normativo indireto pode decorrer da caracterização dos casos em determinado sentido, com base em conceitos construídos à luz de modelos dogmáticos. O auxílio normativo é indireto justamente porque a construção dogmática de conceitos não se presta, de forma direta, a subministrar normas, mas sim para fins de caracterização de casos. A relevância

⁴⁴² Ibidem, p. 213. Mediante o auxílio descritivo, “los juristas dogmáticos cumplen una función práctica pero no en el sentido de modificar el derecho sino de colaborar con los jueces ofreciéndoles reconstrucciones del material normativo que brinden apoyo en la construcción de sus sentencias”. Ibidem, p. 214.

prática de tal função decorre do fato de que da caracterização de casos resulta a seleção do subsistema de normas judicialmente aplicáveis. O auxílio normativo é explícito quando os juristas dogmáticos distinguem claramente entre a identificação e a modificação de normas (por exemplo, entre a identificação de uma lacuna normativa e a integração de tal lacuna). O auxílio normativo é encoberto quando os juristas dogmáticos introduzem normas adicionais a um sistema sob a forma de descrições de normas, explícitas ou implícitas, efetivamente existentes no sistema em questão. Por fim, quando os juristas dogmáticos introduzem normas que consideram defensáveis à luz do seu valor intrínseco, o auxílio normativo é não-instrumental. Por outro lado, quando os juristas formulam normas técnicas que estabelecem quais as ações as autoridades normativas devem seguir (por exemplo, quais normas devem emitir ou não emitir para assegurar a concretização de determinadas finalidades), o auxílio normativo caracteriza-se como instrumental, uma vez que não se defende o valor intrínseco de fins, somente se assevera que, caso as autoridades pretendam alcançar com probabilidades de êxito certos fins, devem ser tomadas determinadas ações (no sentido de emitir ou ditar certas normas).⁴⁴³ Assim, a dogmática desenvolve um auxílio normativo apoiado em valorações com a pretensão de construir teorias com relevância prática, ou seja, com incidência efetiva na prática de elaboração de normas no nível legislativo e no nível judicial. O desempenho desta atividade dogmática não se confunde com o controle racional em relação ao auxílio normativo desempenhado pelos juristas, no que concerne à possibilidade de avaliação da correção da racionalidade prática das funções de auxílio normativo, racionalidade esta associada com a decidibilidade como problema da dogmática e, no que diz respeito à processualística, associada com o valor-de-comensurabilidade dos seus modelos dogmáticos.⁴⁴⁴

A respeito da sistematização de normas jurídicas realizada pela dogmática, ela significa, fundamentalmente, a determinação das soluções jurídicas para um determinado material normativo; para determinar o conteúdo de um sistema normativo necessita-se do delineamento das condições de estabelecimento de quais consequências jurídicas estão correlacionadas com os diferentes tipos de situações previstas nos casos genéricos (suportes

⁴⁴³ Consoante anteriormente exposto, o auxílio normativo instrumental permite a construção de silogismos práticos na forma: (a) premissa maior: se se deseja a realização do fim x deve seguir-se a norma N; (b) premissa menor: se deseja a realização do fim x; (c) conclusão: deve seguir-se a norma N.

⁴⁴⁴ Vide Capítulo 8, 8.2. Christian Courtis assinala que “las construcciones dogmáticas más refinadas son aquellas capaces de mostrar que la solución propuesta para resolver un caso problemático resulta de la mejor reconstrucción del sistema jurídico fundada en la interpretación de los valores consagrados por el sistema; el jurista dogmático sugiere soluciones a partir de la generación de modelos teóricos compatibles con una interpretación posible de los valores del sistema”. COURTIS, Christian. *El juego de los juristas*. In: COURTIS, Christian. *Observar la ley*. Madrid: Trotta, 2006. p. 112.

fáticos das normas). Assim, quando se trata de determinar a qualificação jurídica de uma ação ou omissão (ou de um conjunto de ações e omissões), a resposta depende de certas circunstâncias ou propriedades. Entre as infinitas circunstâncias que envolvem uma conduta, algumas são juridicamente relevantes e outras não, tendo em vista a associação entre tais circunstâncias e as disposições jurídicas que constituem a base do sistema. O conjunto de todas as circunstâncias relevantes forma o universo de circunstâncias ou universo de propriedades (UP). O UP permite a construção de uma matriz de casos, em que cada linha representa uma possível combinação das propriedades relevantes. O conjunto de todos os casos possíveis ou universo de casos genéricos (UC), em função do UP, ostenta uma magnitude calculável, já que o número de casos componentes de tal universo é igual a 2^n , em que a base 2 representa as possibilidades a respeito de cada circunstância (estar presente ou ausente no caso) e n representa o número de circunstâncias que compõem o UP. Por outro lado, existe um universo de soluções (US), composto por todas as soluções possíveis previstas para o material normativo de que se trata.

Assim, o processo de sistematização requer as seguintes etapas: (1) determinação do UC e do US; e (2) derivação, mediante regras de inferência, das consequências da base para o UC e o US, identificando, desse modo, como estão correlacionados os distintos casos do UC com as distintas soluções do US. Significa dizer: para determinar o conteúdo de um sistema normativo, necessita-se do delineamento das condições de estabelecimento de quais consequências jurídicas estão correlacionadas com os diferentes tipos de situações previstas nos casos: para tanto, deve-se determinar o âmbito de problemas que as normas em questão resolvem, o que implica a identificação dos casos possíveis (universo de casos), das condutas reguladas (universo de ações) e das soluções previstas (universo de soluções). Como as normas jurídicas correlacionam casos com soluções, a etapa seguinte apresenta caráter dedutivo, consistindo na derivação das consequências lógicas das normas que funcionam como base axiomática do sistema. A delimitação do conjunto de casos individuais para fins de circunscrever um determinado problema normativo constitui o universo do discurso, que se define mediante determinada propriedade que permite caracterizar seus elementos componentes.⁴⁴⁵ As propriedades relevantes podem ser utilizadas para realizar uma partição no universo do discurso. Cada uma das propriedades relevantes divide os elementos do universo do discurso em duas classes: a classe dos elementos em que a propriedade está

⁴⁴⁵ Os casos individuais são os elementos do universo do discurso; esses elementos são acontecimentos que se produzem em determinada ocasião (localização espaço-temporal) e que ostentam a propriedade definitiva do universo do discurso.

presente e classe dos elementos em que a propriedade está ausente (classe complementar). Nesse sentido, uma partição formalmente correta deve reunir os três requisitos seguintes: (a) nenhum caso individual do universo do discurso deve pertencer a mais de uma das classes, ou seja, as classes devem se excluir mutuamente; (b) cada caso individual do universo do discurso deve pertencer a uma das classes, ou seja, não deve haver elementos do universo do discurso que não pertençam a nenhuma das classes; e (c) nenhuma classe deve resultar vazia. Por outro lado, as propriedades relevantes devem reunir as seguintes condições: (1) devem ser logicamente independentes entre si, ou seja, a presença de uma delas em um caso individual deve ser compatível tanto com a presença como com a ausência de qualquer das outras; (2) devem ser logicamente independentes das propriedades que definem as ações do universo de ações; e (3) o universo de casos e o universo de propriedades devem ser dois universos correspondentes, no sentido de que cada um dos elementos do universo do discurso possa ter cada uma das propriedades do universo de propriedades. Estas etapas consubstanciam a base para a reconstrução racional do direito formulada mediante modelos dogmáticos de sistematização das normas jurídicas.⁴⁴⁶

A relevância prática do modelo de sistematização de normas sumariamente delineado pode ser visto à luz de um exemplo fornecido por Moreso e Vilajosana.⁴⁴⁷ Segundo os autores, a utilidade da noção de sistema jurídico fica clara quando nos defrontamos com determinado problema normativo, *pari passu* à delimitação de um conjunto de casos individuais, que circunscreve o problema (o universo do discurso, definido por uma propriedade que caracteriza seus elementos). Suponha-se, assim, que o problema em questão seja aquele delimitado pela seguinte propriedade: “entrada em domicílio alheio”. Destarte, pertencem ao universo do discurso todas as “entradas em domicílio alheio”. Suponha-se, também, que a única norma aplicável a este caso seja a seguinte norma: “o domicílio é inviolável; nenhuma entrada no domicílio alheio poderá ocorrer sem o consentimento do titular ou proprietário ou por determinação judicial, salvo em caso de flagrante delito”. O âmbito fático do problema está caracterizado mediante três circunstâncias (as três propriedades relevantes do universo do discurso): o consentimento do proprietário, a determinação judicial e o flagrante delito. Cada uma dessas propriedades dividem os

⁴⁴⁶ Christian Courtis aduz que um “trabajo de sistematización debería: (a) seleccionar un conjunto normativo con cierta unidad de sentido; (b) determinar los fines y valores que consagra, a través de la inducción de principios que capten su sentido; (c) identificar, describir y jerarquizar los elementos que componen esse conjunto normativo; (d) describir las relaciones entre esos componentes; y (e) señalar semejanzas y contrastes con otros conjuntos normativos relavantes”. COURTIS, 2006, p. 121.

⁴⁴⁷ MORESO; VILAJOSANA, 2004, p. 99.

elementos do UD em duas classes: a classe em que a propriedade está presente e aquele em que ela está ausente.

Assim, a partir do universo de propriedades (UP) é possível gerar um universo de casos (UC). Como visto, o UC gera-se do seguinte modo: se n é o número de propriedades (três no exemplo), $2n$ é o número de casos elementares, dando margem a oito casos elementares. Por exemplo, em relação a um determinado caso elementar estão incluídos todos os casos individuais que instanciam a presença das três propriedades (o consentimento do proprietário, a determinação judicial e o flagrante delito). Em relação a outro caso elementar, *exempli gratia*, incluem-se os casos individuais que instanciam a ausência do consentimento do proprietário e a presença da determinação judicial e o flagrante delito.

O âmbito normativo do problema, de seu turno, vem determinado pela forma com que a formulação normativa em tela soluciona os casos elementares, podendo-se afirmar que tal formulação normativa expressa duas normas: (a) se há consentimento do titular ou autorização judicial ou flagrante delito, então é facultativa a entrada em domicílio alheio; (b) se não há nem consentimento nem autorização judicial nem flagrante delito, então está proibida a entrada em domicílio alheio. O universo de ações (UA) está referido pela ação “entrada em domicílio alheio”. À base disso, e “dado que las normas prescriptivas correlacionan casos genéricos con soluciones normativas”,⁴⁴⁸ a dogmática então formula as pertinentes correlações entre casos genéricos (suportes fáticos) e soluções normativas, predicando à(s) ação(ões) do UA os pertinentes operadores deônticos (proibido, permitido ou obrigatório).

10 PROCESSUALÍSTICA COMO METALINGUAGEM DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Os enunciados dos juristas que descrevem as normas compõem uma metalinguagem em relação à linguagem usada pelo legislador (em sentido amplo: autoridades que ditam as normas), que é sua linguagem-objeto. As expressões que o legislador usa para se referir à conduta humana são mencionadas pelos juristas. Assim, se os objetos do discurso do legislador são condutas, os objetos do discurso da dogmática são normas (derivadas de expressões linguísticas). A distinção, então, pode ser vista como diferença entre menção e

⁴⁴⁸ MORESO; VILAJOSANA, 2004, p. 99.

uso: determinadas expressões são usadas para se referir à conduta humana (discurso do legislador); tais expressões são mencionadas para se referir às normas reguladoras das condutas (discurso dos juristas). Da análise das funções da dogmática jurídica decorre conclusão no sentido de que ela se constitui como metalinguagem do direito; a processualística - como dogmática jurídico-processual - constitui-se, por seu turno, como metalinguagem do direito processual civil. Essa metalinguagem se expressa, fundamentalmente, mediante a formulação de enunciados de *iure condito* e de *iure condendo*; sua compreensão associa-se às condições de verdade dos seus enunciados jurídico-assertóricos; os enunciados dogmáticos, outrossim, caracterizam-se como atos linguísticos ilocucionários.

10.1 ENUNCIADOS *DE IURE CONDITO* E *DE IURE CONDENDO*

Segundo Christian Courtis, a investigação dogmática destinada a oferecer soluções *de iure condito* (ou *de lege lata*) tem como ponto de partida a identificação de um problema de interpretação de uma ou várias normas do ordenamento jurídico vigente.⁴⁴⁹ Identificado o problema interpretativo, este tipo de investigação dirige-se a esclarecer a natureza deste problema, discutir alternativas interpretativas e oferecer aquela que consubstancia a solução mais adequada possível segundo determinados nexos de fundamentação jurídica, derivados das normas do sistema jurídico. Este tipo de investigação reúne componentes descritivos e prescritivos. A identificação de um problema jurídico-interpretativo implica a descrição de uma indeterminação no direito positivo, seja de uma ou várias formulações normativas, seja de determinado caso genérico ou hipotético decorrente do sistema, suscetível de ser solucionado em sentidos divergentes. A descritividade dogmática, nesses moldes, corresponde à demonstração de que a solução jurídica apresentada está contida ou pode ser derivada do ordenamento positivo. A tarefa dogmática, entretanto, não se detém na descrição das alternativas ou hipóteses interpretativas possíveis em caso de indeterminação do direito: ela oferece razões a favor da solução normativa, dentre as soluções possíveis, que considera a mais ajustada ao direito positivo. Se o direito positivo é passível, em certos setores normativos ou em relação a determinadas formulações componentes de determinado conjunto

⁴⁴⁹ COURTIS, 2006, p. 122.

normativo, de diversas reconstruções, a dogmática, por meio de enunciados *de iure condito*, descreve uma interpretação derivável do ordenamento, mas também prescreve sua adoção⁴⁵⁰ (paradigmaticamente, a adoção pelo juiz que decide pela aplicação de determinada norma em um caso concreto), justamente para fins de cumprimento do objetivo de oferecer soluções jurídico-normativas aos casos jurídicos.

A formulação de enunciados *de iure condito* apresenta a seguinte estruturação: o primeiro passo consiste na colocação do problema jurídico-interpretativo (a relevância da investigação de um caso genérico é proporcional à quantidade de alternativas interpretativas possíveis, ou ao grau de controvérsia existente em relação à determinada solução normativa correlacionada ao caso em voga). O segundo passo possível, que permite esclarecer o tipo de dificuldade interpretativa existente, consiste em discutir a natureza da indeterminação em questão (*verbi gratia*, indeterminação linguística ou semântica, indeterminação pragmática, indeterminação lógica, indeterminação relacionada à estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como na hipótese de antinomias entre normas de diferentes graus hierárquicos, indeterminação relacionada às diretivas interpretativas ou aos critérios de solução de problemas interpretativos, ou, ainda, indeterminação decorrente de conflitos normativos entre normas de mesmo grau hierárquico). O terceiro passo consiste na apresentação das alternativas de solução ao caso genérico controvertido, ou apresentação das respostas possíveis ao problema delineado; a investigação *de iure condito* pode dizer respeito ao desacordo com determinada solução normativa oferecida por outro jurista dogmático: em tal hipótese, a apresentação da alternativa de solução estará associada à crítica da solução oferecida pelo jurista em questão. É possível que sobre um problema interpretativo ainda não existam várias posições a respeito de soluções normativas, porque, por exemplo, um texto legislativo é muito recente em sua promulgação. Em tal hipótese, a formulação de enunciados dogmáticos consiste em “adiantar” problemas interpretativos, ou seja, em identificar no texto possíveis problemas de aplicação, “adiantando” distintas soluções normativas. A solução criticada também pode ser proveniente das decisões dos juízes ou proveniente da decisão de um tribunal específico (enunciados *de sententia lata*). O quarto passo consiste na demonstração das razões pelas quais a alternativa de solução normativa oferecida é a mais adequada dentre as alternativas possíveis. Nesse sentido, a tarefa do jurista dogmático, na formulação de enunciados *de iure condito*, é a de oferecer uma solução ao problema tratado a partir daquilo que ele crê como sendo a mais adequada reconstrução racional derivável do

⁴⁵⁰ Tal particularidade pode ser vista como correspondente ao aspecto “criptonormativo” da dogmática jurídica, conforme a locução empregada por Tércio Sampaio Ferraz Jr.

material normativo avaliável. Um movimento inicial nesse passo consiste na demonstração de que a solução não se opõe ao significado aceito das orações que compõem as formulações normativas (consideradas relevantes à solução do problema); o passo seguinte importa no oferecimento de razões que demonstrem a vinculação da solução com o direito positivo cuja vigência se toma como premissa (por exemplo, razões lógicas, linguísticas, sistemáticas, históricas, teleológicas e axiológicas), bem como no oferecimento de razões que justifiquem a adequação da solução em comparação com soluções rivais.

A investigação dogmática destinada a oferecer soluções *de iure condendo* (ou *de lege ferenda*), de sua vez, dedica-se a formulações de propostas de reformas ou modificações do direito positivo. A motivação deste tipo de investigação é a insatisfação do jurista dogmático com determinada regulação componente do direito positivo, ou com a ausência de regulação jurídica de algum caso genérico considerado. A investigação *de iure condendo*, assim, dirige-se a criticar a solução normativa vigente e a propugnar sua modificação ou complementação por outra norma ainda não vigente, objeto de proposta dogmática. A proposta de solução destina-se, paradigmaticamente, ao convencimento da necessidade de sua adoção pelo legislador, ou pela autoridade normativa que tenha o poder ou competência de modificar ou complementar a norma objeto de crítica. No que concerne ao caráter dos enunciados *de iure condendo*, o segmento crítico pode conter enunciados descritivos (por exemplo, a descrição de problemas linguísticos ou lógicos da norma cuja substituição se postula, ou de dados empíricos que demonstrem sua ineficácia social ou, ainda, a descrição de efeitos “inesperados” ou não pretendidos em sua aplicação concreta) e enunciados valorativos (tipicamente, a crítica de uma norma em virtude de sua inadequação ou incompatibilidade com determinados valores, ou em virtude da incompatibilidade dos efeitos da norma com estes valores). O segmento propositivo expressa determinadas valorações, ostentando, portanto, caráter prescritivo (“criptonormativo”).⁴⁵¹

A formulação de enunciados *de iure condendo* pressupõe, primeiro, a identificação da norma ou do subconjunto normativo que se pretende criticar (e cuja modificação se propugna); segundo, a crítica da(s) norma(s) questionada(s), à luz de determinadas razões (*verbi gratia*, razões linguísticas, sistemáticas ou técnico-jurídicas; razões de incompatibilidade com outras normas ou de incapacidade de motivação das condutas; razões de não cumprimento com determinadas finalidades ou incompatibilidade com certos valores). Terceiro, a formulação da proposta normativa cuja introdução se defende, à luz de

⁴⁵¹ COURTIS, 2006, p. 125.

determinadas alternativas (por exemplo, proposta de revogação, substituição da norma criticada por outra, introdução de modificações no conjunto normativo considerado, suprimimento de lacunas normativas ou especificação de normas para fins de implementação concreta). Os enunciados destinados a oferecer soluções *de iure condendo* podem ser *de sententia ferenda*: nessa hipótese, o jurista dogmático não aceita determinada decisão judicial como correspondendo a uma solução derivada de modo justificado do direito aplicável, propugnando pela modificação dos fundamentos veiculados na decisão em casos futuros. Por fim, o jurista dogmático pode não estar de acordo com o resultado da aplicação judicial de determinada norma, com base em parâmetros valorativos assumidos como pautas de comparação, na forma seguinte: (a) da norma N deriva-se o resultado R; (b) R é juridicamente inadequado; (c) N é inadequada; (d) para se evitar resultados como R, em virtude de sua inadequação, N deve ser modificada.

Nessa ordem de ideias, a formulação de enunciados *de iure condendo* pode ser vista à luz de cinco elementos: (a) determinação de finalidades suficientemente precisas para a eleição de meios (com base em pressuposições empíricas) que as concretize; tais finalidades são concebidas como valorações decorrentes do conjunto de pautas axiológicas aceitas pelo jurista dogmático; (b) determinação de relações empíricas entre o tipo de situações, associadas às finalidades assumidas, e o tipo de fenômenos que estão relacionados com estas situações e suas consequências; em outras palavras: a determinação de meios potenciais - à luz de informações de cunho empírico - para as finalidades propostas; (c) seleção de meios potenciais para as finalidades, meios que possam ser utilizados como instrumentos jurídicos, ou seja, a determinação de meios jurídicos potenciais para as finalidades assumidas. Nesse sentido, aos enunciados *de iure condendo* subjazem as seguintes questões: a modificação (do direito positivo) proposta indica os meios jurídicos apropriados desde um ponto de vista instrumental? A modificação em questão indica os meios jurídicos apropriados desde um ponto de vista de valores não-instrumentais tidos como vinculantes pelo conjunto de pautas axiológicas aceitas pelo jurista dogmático? Qual a relação entre a modificação proposta e outros instrumentos jurídicos, caso tais instrumentos sejam usados (ou possam ser usados) para as mesmas finalidades das normas que compõem a modificação proposta?; (d) determinação de uma proposta normativa como instrumento para concretizar as finalidades almejadas, com base na eleição de meios jurídicos especificados, incluindo a determinação do tipo de regulação jurídica, eleição do nível hierárquico das normas propostas e a eleição da melhor formulação do texto jurídico de acordo com as diretivas de técnica jurídica. Destarte, a formulação dos enunciados *de iure condendo* pode ser sintetizada do seguinte modo: “as

normas jurídicas N1,..., Nn devem integrar o sistema jurídico na forma de disposições D1,..., Dn, como meios para alcançar as finalidades F1,..., Fn, especificadas de acordo com valorações instrumentais e não-instrumentais V1,... Vn, decorrentes do conjunto de pautas axiológicas CPA, conjunto que pressupõe determinados enunciados empíricos EE1,... EEn, que, de seu turno, descrevem as regularidades de fenômenos empíricos relevantes”.⁴⁵² O conjunto de pautas axiológicas relaciona-se com as fontes do direito; assim: “se as fontes do direito S1,...Sn e os valores V1,..., Vn são reconhecidos ou aceitos, as normas jurídicas N1,..., Nn devem integrar o sistema jurídico”.

Nesse contexto, a relação entre metalinguagem e linguagem-objeto à luz da distinção entre enunciados *de iure condito* e *de iure condendo* pode ser especificada a partir da diferenciação entre estas duas modalidades de enunciados e a as “proferências *ius condens*”. Para fins de ilustrar tal especificação, imagine-se um pequeno clube associativo, com determinados instrumentos jurídicos independentes do aparato estatal (sem a possibilidade do uso de força física, portanto), cuja sanção mais grave corresponde à expulsão do membro pertencente ao clube, conforme o modelo formado pelas seguintes regras:⁴⁵³

Art. 0: as regras do clube são as seguintes:

Art. 1: os membros do clube são P, S e T;

Art. 2: a Assembléia Geral do clube pode declarar uma pessoa como sendo membro integrante do clube;

Art. 3: aquele que se recusar ao cumprimento das regras de conduta do clube deixará de ser membro dele integrante, se assim for declarado pela Assembléia Geral;

Art. 4: as regras de conduta emitidas pela Assembléia Geral do clube são obrigatórias aos membros integrantes;

Art. 5: as regras de conduta deixarão de ser obrigatórias quando assim forem declaradas pela Assembléia Geral do clube.

O art. 1 do estatuto do clube não é nem descritivo (daquilo que existe independentemente dele) nem prescritivo (daquilo que deve ser), mas constitutivo daquilo que

⁴⁵² Existe a possibilidade de relativizar alguns valores de modo tal que o enunciado “X tem valor” dependa das propriedades de X descritivamente estabelecidas. Sob determinadas condições isto seria verdadeiro para alguns enunciados instrumentalmente relativizados, e para alguns enunciados sistematicamente relativizados. A fórmula dos primeiros é “M é valorável porque é um meio para a realização de F”; a fórmula dos segundos é “M é valorável segundo o conjunto de pautas axiológicas CPA”. Os valores instrumentais são empiricamente fundados. Os conjuntos de pautas axiológicas podem definir propriedades de objetos valoráveis por enumeração de qualidades descritivas.

⁴⁵³ Modelo formulado por CARCATERRA, Gaetano. The rules of the pickwick club: a model for the theory of law. In: PINTORE, Anna; JORI, Mario (Ed.). *Law and language*. Liverpool: Deborah Charles Publications, 1997. p. 114.

ele normativamente dispõe. Suponha-se que o clube tenha sido fundado em 1º de janeiro de 1900; no dia anterior à fundação, o futuro membro P faz a seguinte sugestão: “S deve ser um membro do clube”. Trata-se de um enunciado *de iure condendo*. Tomando conhecimento, no dia seguinte à fundação do clube, da condição de S como membro do clube, P assinala: “S é um membro do clube”. Trata-se de um enunciado *de iure condito*. Mas aquele que formula a disposição normativa em questão não formula um enunciado *de iure condendo* nem um enunciado *de iure condito*: quando, no dia 1º de janeiro, um dos integrantes do clube profere que “os membros do clube são P, S e T”, ele realiza uma proferência constitutiva de algo que no dia anterior à fundação do clube somente poderia ser prescrito, e no dia posterior somente poderia ser descrito (prescrição e descrição componentes de uma metalinguagem). Trata-se de uma proferência *ius condens* (inserida no plano da linguagem-objeto a que se refere a metalinguagem).

Nesse sentido, o clube pode ter a seguinte definição institucional (DI): “a ordem social do clube corresponde, em qualquer tempo, ao conjunto formado por P, S e T, e aqueles declarados membros do clube pela Assembléia Geral, desde que eles não sejam expulsos em virtude da recusa ao cumprimento das regras de conduta do clube, regras emitidas e não revogadas pela Assembléia Geral”.⁴⁵⁴ DI define diretamente cada momento da ordem social; indiretamente, DI determina o conceito da ordem social (total), ou seja, a união da sucessão das ordens momentâneas (o conjunto das pessoas que, expulsas e não-expulsas, tenham sido, em qualquer momento, membros do clube). DI não é uma definição *de iure condendo* nem uma definição descritiva *de iure condito*, mas expressa o ato cujo conteúdo corresponde ao *ius conditur*, em que o clube é juridicamente instituído (e estruturado em sua dimensão social). DI é uma definição constitutiva, e como tal é pressuposta por aqueles que se referem, direta ou indiretamente, à estruturação jurídica do clube (e o modo a partir do qual são reguladas as condutas dos seus membros); a definição, outrossim, é usada *ex post* por meio de enunciados que se referem às regras de conduta do clube após sua instituição (enunciados *de iure condito*). Desse modo, a definição constitutiva é usada de modo *ius condens* pelo membro instituidor do clube, e usada *de iure condito* por um observador para descrever o conjunto associativo dos membros (e o modo a partir do qual são reguladas suas condutas) - ou descrever o efeito produzido pela definição constitutiva ou os efeitos produzidos pelas regras emitidas pela Assembléia -, cujo clube foi fundado pelo membro instituidor.

⁴⁵⁴ A definição estritamente normativa pode ser formulada nos seguintes termos (DN): “(a) a ordem normativa do clube corresponde à totalidade das prescrições (implícitas e explícitas) que a Assembléia Geral tenha, em qualquer tempo, emitido como fazendo parte (sendo válidas, portanto) da ordem, e não tenham sido por ela revogadas; (b) tais prescrições devem ser observadas pelos membros do clube”.

Segundo Gaetano Carcaterra, o modelo simplificado do clube serve à elucidação de quatro características presentes no fenômeno jurídico: objetividade, temporalidade, causalidade e socialidade.⁴⁵⁵ Em relação à primeira característica, as consequências (lógico-institucionais) das normas jurídicas são objetivas no sentido de que, embora elas sejam decorrentes de atos humanos voluntários, uma vez que estes tenham sido realizados, seus efeitos são independentes das pessoas que os praticaram: nos termos do modelo, determinado membro do clube, assim reconhecido por ato da Assembléia Geral, mantém tal *status* independentemente daquilo que pensa a respeito a pessoa que fez a definição constitutiva, ou independentemente do que pensam a respeito os membros integrantes da Assembléia (ou estejam tais membros vivos ou não). A definição *ius condens* decorre de um ato humano voluntário, mas após sua realização ele se torna uma realidade objetiva que pode ser descrita por meio de enunciados *de iure condito*. Em relação à segunda característica, a ordem normativa e social do clube é capaz de realizar indefinidas mudanças no conjunto que forma o clube, mercê dos poderes (competências) da Assembléia; a definição constitutiva, conforme destacado, denota tanto um conjunto momentâneo quanto um conjunto total diacrônico (conjunto dos subconjuntos momentâneos ou séries temporais). A dimensão temporal do conjunto associa-se à dimensão temporal das consequências jurídicas exsurgentes a partir das regras do clube, o que torna possível determinar suas alterações, bem como descrever as regras mencionadas à luz da temporalidade. No que concerne à terceira característica, determinados eventos do clube correspondem a causas jurídicas de determinados efeitos jurídicos (que podem ser objeto de descrição por meio de enunciados *de iure condito*): por exemplo, a partir de determinados fatos ocorrentes na Assembléia, certas condutas tornam-se obrigatórias, bem como a qualidade de membro do clube é conferida a certa pessoa (desde que a Assembléia expresse a intenção correspondente: a “capacidade constitutiva” da Assembléia está associada à causalidade intencional). A causalidade jurídica dos atos da Assembléia decorre do conteúdo de tais atos à luz da pressuposição da definição constitutiva do clube: a proferência assemblear “W é um membro do clube”, por exemplo, produz o efeito correspondente (tornar W membro do clube) porque tal ato (linguístico e normativo) consubstancia a condição para se tornar membro do clube, conforme a definição DI. Por fim, no que concerne à quarta característica, a Assembléia não apenas prescreve regras, pois ela pretende que tais regras façam parte da ordem normativa do clube; assim como ela não apenas reconhece pessoas como membros, porquanto ela pretende que tais pessoas façam parte da

⁴⁵⁵ CARCATERRA, 1997, p. 128.

ordem social do clube na condição de membros. Para tanto, ela usa a definição (DI ou DN) como critério a partir do qual uma regra ou uma pessoa ingressa no clube, no âmbito da ordem normativa e no âmbito da ordem social, respectivamente. O conhecimento comum ou compartilhado dos membros, associado às definições DI ou DN, é o que torna o clube um grupo social.

Extrai-se do exposto que uma parte importante da linguagem dos juristas (tanto da linguagem dogmática quanto da linguagem dos operadores jurídicos) diz respeito à linguagem normativa (direito como linguagem-objeto). Seus enunciados expressam proposições cujo valor de verdade depende principalmente da existência de determinadas normas. Nesse sentido, a linguagem dos juristas é assertórica e seus enunciados suscetíveis de verdade ou falsidade. Entre os enunciados jurídicos, pode-se distinguir: (a) enunciados “puros”, como enunciados acerca da existência de normas (por exemplo, enunciados na forma “no direito brasileiro existe uma norma que obriga a realização da conduta X”; “a tutela condenatória serve à tutela do direito correspondente à obrigação de pagar”); (b) enunciados interpretativos, que atribuem significado a determinadas formulações normativas (“o texto T significa Y”); (c) enunciados “aplicativos”, que atribuem significado a um texto e indica que a norma se refere a um indivíduo ou objeto determinado (“X está obrigado a pagar o preço da coisa C”, cujo valor de verdade depende da existência de uma formulação normativa com o significado de obrigar os compradores a pagar o preço da coisa e que X seja um comprador). A dogmática também formula enunciados fáticos, definições e juízos de valor. Dentre os enunciados fáticos, destacam-se: (a) enunciados que se referem à eficácia (social) e/ou à efetividade de determinadas normas; e (b) enunciados que afirmam que determinados objetos ou ações incluem-se no âmbito de referência de determinada norma (um dos componentes dos enunciados “aplicativos”, como “Z é um bem de domínio público”, “X é um homicídio”, etc.). As definições da dogmática (especialmente definições de termos não definidos pelo legislador) são enunciados que servem para identificar os comportamentos regulados pelo legislador (quando as condições de aplicação das normas se referem aos termos não definidos no âmbito da linguagem-objeto). Essas definições assemelham-se àquelas formuladas pelo legislador: em ambas se determina o conteúdo das prescrições normativas; por outro lado, as definições legais determinam o conteúdo pretendido pelas autoridades, sendo objeto de controvérsia se as definições dogmáticas atribuem às expressões não definidas pelas autoridades legiferantes o mesmo sentido usado por elas. Naturalmente, as definições legais fazem parte da linguagem-objeto e as definições dogmáticas fazem parte da metalinguagem. As definições de determinados termos tornam a dogmática uma metalinguagem parcialmente

técnica e especializada (o que não afasta os problemas ínsitos da linguagem natural, uma vez que as definições são formuladas em linguagem natural). Por fim, a dogmática formula juízos de valor: valora a adequação das normas e de sua aplicação a determinadas pautas axiológicas e/ou morais e/ou de justiça.⁴⁵⁶

10.2 CONDIÇÕES DE VERDADE DOS ENUNCIADOS JURÍDICOS

A dogmática jurídica é uma atividade intelectual consistente no estudo da ordem jurídica dentro de uma comunidade C. A ordem jurídica em C constitui-se pelas normas jurídicas válidas em C. Como imperativos ou prescrições, as normas não são nem verdadeiras nem falsas. Por outro lado, os enunciados jurídicos - aqui usados no sentido de enunciados assertivos acerca da validade das normas em C - são verdadeiros ou falsos. Assim, se uma das tarefas da dogmática identifica-se com a formulação de enunciados jurídicos acerca da ordem jurídica em C, ela se consubstancia, em relação a esta tarefa, como uma atividade descritiva. Com base nisso, a compreensão da processualística como metalinguagem do direito processual civil pressupõe as seguintes teses acerca dos enunciados jurídicos:

- (i) as condições de verdade dos enunciados jurídicos são formuláveis em termos de correspondência entre tais enunciados - como “portadores-de-verdade” - e a experiência jurídica, como experiência proposicional; no caso dos enunciados da dogmática processual, em termos de correspondência entre os enunciados e a experiência jurídico-processual;

⁴⁵⁶ Juan José Moreso afirma que “la concepción de la justicia que se sostenga permitirá contestar a la cuestión de si estos juicios tienen o no valores de verdad. Sin embargo, más debilmente, puede afirmarse que si se determinan con claridad los fines u objetivos del derecho en un programa de política jurídica (sean cuales fuesen los fundamentos de tal política jurídica), los juicios de valor tienen, en relación a los enunciados que expresan dicho programa de política jurídica, valores de verdad”. MORESO, Juan José. *Lenguaje jurídico*. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 113. Em sentido semelhante, Georg Von Wright assinala que “es una buena caracterización de la actividad llamada dogmática jurídica decir que su tarea es exponer y aclarar la naturaleza exacta del estado de cosas ideal que el derecho tiene en mira. Esto aclara el contenido del derecho. A veces, en virtud de las formulaciones normativas, es claro cuál es el contenido. Pero, otras no lo es y la actividad del dogmático jurídico tiene que asumir un carácter hermenéutico o interpretativo. Formula entonces una propuesta o recomendación acerca de cómo debería ser entendido el derecho. El contenido propuesto es enunciado en proposiciones verdaderas o falsas, pero la propuesta misma no puede ser calificada de verdadera o falsa. Sin embargo, puede ser justificada por diversos medios de la argumentación jurídica y puede ser valorada como razonable o no de acuerdo con una variedad de pautas que, dicho sea de paso, no necesitan ser mutuamente concordantes”. WRIGHT, Georg Von. *Ser y deber ser*. In: AARNIO, Aulis et al. (Comp.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 99.

(ii) uma das tarefas centrais ou prioritárias da dogmática jurídica corresponde à formulação de enunciados jurídicos;

(iii) a noção de verdade (e de falsidade) é um pressuposto fundamental à compreensão acerca do desempenho da tarefa aludida em (ii);

(iv) a noção de verdade que serve a esse propósito - compreensão do desempenho da tarefa aludida em (ii) - é aquela colocada em termos de correspondência entre enunciados jurídicos e experiência jurídica (como experiência proposicional).⁴⁵⁷

Conforme anteriormente assinalado, a dogmática cumpre outras tarefas importantes, além da descrição da ordem jurídica de uma comunidade em um momento determinado. Assim, a dogmática propõe revisões (tanto “expansões” como “contrações”) do conjunto normativo existente, em que se formulam enunciados não sobre o sistema jurídico que é, mas enunciados sobre o sistema que deveria ou não deveria ser, ou aquele que poderia vir a ser (propostas e recomendações normativas). Assim, se a dogmática é vista como uma atividade que realiza somente a tarefa correspondente à formulação de recomendações normativas (ficando a cargo dos demais membros da comunidade jurídica - outros juristas, juízes, etc - aceitar as propostas que lhes pareçam mais razoáveis aos seus propósitos), a proposição (ii) não pode ser aceita como verdadeira; entretanto, esta posição implica a perda de significado da noção de sistema jurídico e do significado de validade das normas jurídicas e, conseqüentemente, a noção de enunciados jurídico-descritivos. As recomendações normativas, evidentemente, não são nem verdadeiras nem falsas; elas são consideradas racionalmente como boas ou más, razoáveis ou desarrazoadas, aceitáveis ou inaceitáveis, de acordo com certos ideais de justiça, e à luz de determinadas teorias fáticas acerca do funcionamento da ordem jurídica na sociedade. Todavia, não se pode olvidar que os enunciados verdadeiros ou falsos acerca do sistema jurídico existente são indiretamente relevantes para a atividade de formulação de recomendações normativas. A rigor, e como já destacado, a formulação de recomendações normativas (enunciados *de iure condendo*) pressupõe a possibilidade dos enunciados descritivos (*de iure condito*). Com base nisso, pode ser assentada a seguinte tese de prioridade:

(TP): no âmbito das tarefas da dogmática jurídica, a formulação de enunciados descritivos ou assertóricos ostenta prioridade lógica ou conceitual em relação à

⁴⁵⁷ A correspondência aludida diz respeito à relação semântica e não-epistêmica entre linguagem e realidade (ou entre proposições e fatos). “Não-epistêmica” significa: a verdade dos enunciados é independente do conhecimento de tal verdade.

formulação de outras modalidades de enunciados (associados às demais tarefas da dogmática).⁴⁵⁸

Nesse contexto, e seguindo Ilkka Niiniluoto, os enunciados jurídicos são aqueles que se reportam a estados de coisas sociais: um enunciado jurídico é verdadeiro se, e somente se, expressa um estado de coisas social real, ou seja, expressa um fato social⁴⁵⁹ (fato social este especificado pelas fontes do direito, fontes que se reportam aos critérios conceituais de identificação das normas jurídicas). Assim, as condições de verdade dos enunciados “a norma N é válida em C” e “a norma N pertence ao sistema jurídico em C” reconduzem-se às condições de verdade do enunciado “a comunidade jurídica em C utiliza determinados critérios de identificação a partir dos quais a norma N é considerada como norma jurídica em C”. Este enunciado expressa um estado de coisas social em C: a “comunidade jurídica” consiste, basicamente, nos integrantes da profissão jurídica em sentido amplo, juntamente com os agentes que atuam em posições sociais juridicamente relevantes (agentes atuantes no âmbito da atividade legiferante, administrativa e, especialmente, no âmbito da função jurisdicional). A comunidade jurídica utiliza determinados critérios conceituais a partir dos quais a norma N é considerada norma integrante do sistema jurídico, à luz da convencionalidade a respeito de tais critérios nesta comunidade, cujos membros consideram N como norma jurídica, crêem que os demais membros também a considerem desse modo (crenças de segunda ordem: crenças dos membros acerca das crenças de outros membros), e atuam considerando N como válida.⁴⁶⁰ As condições de verdade dos enunciados jurídicos, portanto, estão associadas à convencionalidade acerca dos critérios identificatórios das normas jurídicas: a partir da estabilização do uso de tais critérios pode-se expressar enunciados verdadeiros ou falsos acerca da ordem jurídica existente na comunidade no âmbito da qual este uso se consolida. À base da pressuposição de critérios de existência e de validade de normas, Joseph Raz aduz que “los enunciados hechos desde el punto de vista jurídico son

⁴⁵⁸ “The description of the legal duties which exist at the time of writing is the primary, but not the only, function of legal science. It is crucial for an understanding of the intellectual processes of legal science that the descriptive function should be differentiated as clearly as possible from these various critical functions. [...] Their [legal scientists] primary function is to describe the law in order to inform people what officials (consistently of with legality and constitutionality) are likely to do”. HARRIS, 1979, p. 21-82. Harris ainda destaca, de forma acertada, que somente a partir da distinção, no âmbito da atividade dogmática, entre descrição e prescrição é que se torna inteligível a exigência do fornecimento de razões em relação às asserções ou enunciados de direitos e deveres.

⁴⁵⁹ NIINILUOTO, 1997, p. 222.

⁴⁶⁰ “Within any jurisdiction J, a norm is legally valid - that is, it has the status of a law - if and only if it satisfies the criteria by reference to which the officials in J’s legal system fix upon the norms that belong to the system as its binding bases for their substantive and procedural decisions”. KRAMER, Matthew. *Objectivity and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 136.

verdaderos o falsos según si, en el sistema jurídico a que se refieren, hay o no una norma que exija la acción de la que se afirma que debe ser hecha; si el enunciado es verdadero y la norma en virtud de la cual es verdadero es válida, entonces de debe realizar la acción que de acuerdo con el enunciado debe jurídicamente realizarse”.⁴⁶¹

Os juristas dogmáticos são membros da comunidade jurídica, e suas recomendações normativas podem apresentar uma influência decisiva na formulação das normas integrantes do sistema. Novas consolidações de soluções a certos problemas jurídicos (ou rupturas de antigas consolidações) na comunidade jurídica podem ocorrer em virtude do labor dos juristas dogmáticos; entretanto, esses consensos (ou rupturas de consensos) não devem ser confundidos com as condições de verdade dos enunciados realizados por estes mesmos juristas acerca da validade de certas normas em determinado momento. Em relação ao ponto, importa destacar que os membros da comunidade jurídica podem não estar conscientes de que uma norma N decorre de outras normas tidas como válidas, podendo ocorrer, inclusive, que na prática atuem violando a norma N. Assim, pode-se dizer que dados certos fatos e determinados requerimentos de racionalidade, a comunidade jurídica está comprometida a considerar válida a norma N, à luz do critério da dedução lógica.⁴⁶² Nesse sentido, a dogmática jurídica funciona como “intermediação expositiva” do conteúdo das formulações normativas, intermediação a partir da qual se assegura a acessibilidade, de modo significativo e inteligível, de tais formulações autoritativas. Significa dizer: se os cidadãos dependessem sempre dos seus próprios “esforços” para discernir os conteúdos das formulações normativas aplicáveis às suas condutas (sem a “mediação” dogmática, portanto), haveria considerável perda de significação prática do direito no que concerne à verificabilidade (ou determinabilidade) das normas jurídicas. A existência de *expertise* jurídica, assim, evita a “opacidade” do conjunto normativo e, conseqüentemente, associa-se à própria operacionalidade do sistema jurídico, dependente da inteligibilidade da linguagem das formulações normativas. Destarte, a dogmática funciona como veículo a partir do qual se torna possível o “trânsito” da complexidade do sistema para a integração de suas normas componentes no âmbito do raciocínio prático dos cidadãos no que tange à realização dos seus comportamentos no plano social, bem como no âmbito da deliberação prática dos julgadores

⁴⁶¹ RAZ, 1991, p. 206.

⁴⁶² Vide Capítulo 5, 5.2. Ilkka Niiniluoto aduz que os compromissos racionais de uma comunidade jurídica dependem de diversos fatores: das normas válidas, dos princípios acerca do raciocínio jurídico, das fontes do direito, da predominante concepção de justiça e dos significados de determinados termos aceitos dentro da comunidade linguística. Todos estes fatores têm suas “raízes” na realidade social que é relevante para a comunidade jurídica. Assim, os compromissos racionais da comunidade jurídica são fatos sociais complexos, de modo que afirmações acerca destes compromissos podem ser verdadeiras ou falsas. NIINILUOTO, 1997, p. 227.

quando da emissão de suas decisões. Outrossim, a função social da *expertise* jurídica relaciona-se com a tecnicidade ínsita à operacionalidade do sistema jurídico; ausente tal *expertise*, as diretivas jurídicas, frise-se, não adquiririam significado prático como fontes de guia da conduta dos cidadãos, ainda que estes soubessem “localizar” as formulações correspondentes às diretivas pertinentes.

Nessa ordem de ideias, cumpre destacar que, em relação aos enunciados jurídicos, não se deve confundir: (a) a questão atinente à convencionalidade dos critérios conceituais de identificação das normas jurídicas dentro de determinada comunidade com (b) a verdade (ou falsidade) dos enunciados jurídicos em termos de correspondência entre estes e a experiência jurídica, tampouco com (c) uma teoria epistemológica para o controle metodológico de enunciados jurídicos. Com base em tais distinções evita-se o entendimento equivocado que assimila a verdade (ou falsidade) dos enunciados com uma espécie de consenso (real ou ideal) - o consenso não pertence à relação entre enunciados jurídicos e ordem jurídica -, bem como se evita a confusão entre a aceitação de recomendações normativas (que não são nem verdadeiras nem falsas) e o reconhecimento, pelos membros da comunidade jurídica, da verdade ou falsidade dos enunciados jurídicos. Tais distinções, ainda, permitem a dissociação entre as condições de verdade dos enunciados jurídicos e as condições de racionalidade das decisões judiciais.

Quanto à última distinção aludida, de seu turno, importa destacar: (1) um enunciado a respeito das consequências jurídicas de determinada modalidade - ou classe - de conduta (ação ou omissão) é verdadeiro se, e somente se, o seu conteúdo deriva ou decorre das normas jurídicas (constantes nas formulações normativas constitucionais e infraconstitucionais, precedentes judiciais e regulamentos administrativos) operativas e aplicáveis às condutas em questão no âmbito espaço-temporal pertinente; e (2) um enunciado afirmativo da existência de determinada norma jurídica é verdadeiro se, e somente se, as condições subjacentes à existência da norma concretizam-se no plano da realidade. Estas duas proposições, entretanto, não implicam a assunção de existência de “facilidade” na tarefa de discernir quando um determinado enunciado jurídico é verdadeiro. A avaliação da verdade ou falsidade de determinado enunciado acerca das consequências jurídicas de certa modalidade de conduta pressupõe a estabilização conceitual acerca da aplicabilidade das normas jurídicas,⁴⁶³ envolvendo, ademais, questões concernentes à interpretação jurídica. Além disso, a avaliação da verdade ou falsidade de determinado enunciado afirmativo da existência de certa norma

⁴⁶³ Vide Capítulo 8, 8.3.

pressupõe a estabilização das condições cuja satisfação possibilita o juízo acerca da existência da norma em questão. Nesses moldes, se “S” representa determinado enunciado jurídico, o processo requerido para a verificação ou confirmação de “o enunciado ‘S’ é verdadeiro” é o mesmo daquele requerido para a verificação ou confirmação de “S”. Por exemplo: o processo requerido para a verificação ou confirmação de “o enunciado ‘no direito brasileiro, o autor da demanda deve especificar os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido’ é verdadeiro” é o mesmo daquele requerido para a verificação ou confirmação de “no direito brasileiro o autor da demanda deve especificar os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido”. O mesmo se diga, ainda como exemplo, em relação aos enunciados “a tutela jurisdicional constitutiva serve à proteção dos direitos potestativos” e “o enunciado ‘no direito brasileiro, a tutela constitutiva serve à proteção dos direitos potestativos’ é verdadeiro”. (A particularidade apontada ilustra como os enunciados jurídico-descritivos colocam-se no plano da metalinguagem em relação à linguagem-objeto do direito).

As proposições (1) e (2) supra apontadas, ainda, não infirmam a diversidade de critérios de correção que são operativos na complexidade da prática jurídica, em cujo âmbito as diretrizes jurídico-autoritativas atuam em correlação com questões empíricas. Assim, para fins de estabelecimento das consequências jurídicas das condutas, os julgadores precisam inquirir acerca da natureza da conduta em questão, bem como suas principais causas e efeitos; para tanto, eles precisam proferir diversos julgamentos de ordem empírica. Alguns destes julgamentos empíricos relacionam-se, por exemplo, com as especificidades dos eventos, outros com complexas questões concernentes a influências causais que são objeto de inferências por meio de análises de cunho estatístico ou probabilístico. Os valores de verdade dos enunciados que expressam tais julgamentos são determinados pelos fatos da realidade empírica. Os julgadores que realizam tais perquirições empíricas estão sujeitos às mesmas exigências de acurácia e adequação que recaem sobre aqueles que se engajam em tais perquirições em contextos não-jurídicos; ademais, os julgadores estão sujeitos a estas exigências quando da perquirição, em parte de cunho empírico, a respeito da verificação das normas jurídicas existentes e aplicáveis. O descumprimento das exigências de acurácia nos julgamentos de ordem empírica redundam em distorções dos fatos (empiricamente discerníveis) e, por conseguinte, rende ensejo a decisões embasadas em proposições falsas (juridicamente errôneas, portanto).

Do exposto, pode-se concluir que o papel central dos enunciados jurídico-descritivos corresponde à articulação de crenças sobre fatos, particularidade que não obscurece a importância de tais enunciados em relação à sua utilização com propósitos justificatórios por

parte das autoridades jurídicas, quando da emissão de suas decisões. O papel de articulação de crenças sobre fatos deve ser entendido no sentido de que se, *verbi gratia*, “no direito brasileiro o autor da demanda deve especificar os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido”, é um fato que “no direito brasileiro o autor da demanda deve especificar os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido”; trata-se, portanto, de um fato descritível por meio de uma proposição, por sua vez veiculada por um enunciado (por isso se afirma que as proposições, ou os conteúdos proposicionais, são os “portadores-de-verdade”). Nesse sentido, nem precisaria ser destacado que as crenças articuladas e os fatos a que se reportam os enunciados jurídicos são tipicamente normativos em seus respectivos conteúdos.

Uma parte crucial da atividade dogmática consiste na subsunção (ou enquadramento) de casos genéricos (suportes fáticos das normas jurídicas) em outros casos genéricos. Significa dizer: a atividade interpretativa de formulações normativas, pela dogmática, envolve questões sintetizadas na forma “a classe de eventos da modalidade F inclui a classe de eventos da modalidade G?” (que corresponde à forma “o caso genérico F inclui o caso genérico G?”). As respostas às questões sintetizadas nessa fórmula podem, por vezes, serem obtidas a partir do significado, aceito de forma generalizada, das expressões equivalentes a F e G; nessa hipótese, a proposição “todos os G são F” identifica-se como uma definição descritiva (analítica ou sinteticamente verdadeira). Em outras hipóteses, por outro lado, as respostas às questões aludidas não são determinadas pelo uso ordinário das expressões e, portanto, devem ser estipuladas pelo investigador: nesse caso, a proposição “todos os G são F” consubstancia uma definição estipulativa resultante de uma proposta de explanação do significado das expressões F e G (a estipulação pode decorrer do método dos “exemplos paradigmáticos ou análogos”: o caso genérico G deve ser incluído no caso genérico F porque G é suficientemente similar ou análogo aos casos G’, G’’,..., já incluídos em F). Nesse sentido, os enunciados sobre o sistema jurídico são enunciados sobre o significado de determinadas formulações normativas (textos legais). O enunciado “a norma N pertence ao sistema jurídico S” equivale ao enunciado “existe uma formulação normativa FN em S que expressa uma proposição (ou conteúdo proposicional) correspondente a N” (N como significado de FN). Nessa senda, o enunciado jurídico pode ser visto como uma consequência de um enunciado na forma “a formulação normativa FN expressa a norma N, que pertence ao sistema jurídico S”.⁴⁶⁴

⁴⁶⁴ Diversas formulações normativas contêm termos ou expressões vagas; assim, o enunciado “a norma N pertence ao sistema S” pode ser determinadamente verdadeiro (ou falso) em alguns casos, mas em outros casos (notadamente nos casos de vagueza semântica) ele pode não apresentar valor de verdade.

Conforme destacado, o estabelecimento, consolidação ou estabilização de definições descritivas e estipulativas consiste em uma parte essencial da tarefa dogmática. A partir disso, os juristas dogmáticos associam formulações normativas com especificações de significado: “aos casos genéricos na modalidade M - que admitem as exceções do tipo Y (ou não admitem quaisquer exceções) - atribuem-se as consequências (soluções) jurídicas na modalidade W”. A especificação em questão pode ser mais ou menos exaustiva; o grau de exaustividade depende de questões eminentemente práticas. Os casos genéricos na modalidade M, e as soluções genéricas na modalidade W, enquadram-se no âmbito das respectivas descrições, caracterizadoras das modalidades em questão. A associação entre formulações normativas com especificações de significado, na forma de associação entre casos genéricos com soluções genéricas - à luz da subsunção de casos genéricos em outros casos genéricos -, formula-se com base em argumentos que combinam terminologia técnico-jurídica com linguagem ordinária. As definições descritivas, anteriormente aludidas, descrevem as conexões geralmente aceitas entre certos termos; tais descrições, assim, podem ser verdadeiras ou falsas dependendo de sua correção em relação à descrição do uso ordinário no âmbito da comunidade linguística considerada. Uma classe importante de definições descritivas diz respeito aos termos que ostentam específica significação jurídica (por exemplo, “propriedade”): tais definições descrevem o uso, aceito de forma generalizada, destes termos no âmbito da comunidade jurídica. As definições estipulativas, por seu turno, consubstanciam propostas para adoção de determinadas convenções de uso de determinados termos (notadamente em relação aos termos que apresentam vagueza semântica). Estas definições estipulativas não são verdadeiras ou falsas: elas servem - algumas melhores que outras - aos objetivos de determinada investigação. Assim, as definições estipulativas são (ou pretendem ser) constitutivas (ou determinativas) de significado. As estipulações, propostas por determinados juristas dogmáticos, podem se tornar aceitas de modo generalizado no âmbito da comunidade jurídica e, assim, podem se transformar em definições descritivas,⁴⁶⁵ momento em que passam a ostentar valores de verdade.

⁴⁶⁵ Ilkka Niiniluoto propõe a seguinte regra de aceitação para as estipulações: “dentre as definições estipulativas existentes, aquela cujas consequências apresentam maior ‘utilidade judicial’ deve ser aceita”. Segundo Niiniluoto, a “utilidade judicial” associa-se ao valor justiça: o estado de coisas A apresenta maior utilidade judicial em relação ao estado de coisas B se A é mais justo do que B. A regra indicada funciona como critério para a escolha das definições estipulativas em relação a determinado padrão de “utilidade judicial”, associado ao valor justiça. O fato de que a concepção de justiça seja determinada por fatores históricos e culturais não infirma a possibilidade de um conteúdo objetivo aos enunciados sobre “utilidades judiciais”. NIINILUOTO, 1997, p. 227.

Nesse contexto, importa referir que a diferença entre descrição e estipulação associa-se com a distinção entre dois tipos de argumentação: (a) a argumentação que tem como objetivo a busca da verdade e (b) a argumentação que tem como objetivo a aceitação de determinada convenção. Quanto ao primeiro tipo de argumentação, H configura uma hipótese que é verdadeira ou falsa, mas não se tem conhecimento a respeito (de sua verdade); o objetivo da argumentação é conhecer a verdade de H ou estimar tal verdade - probabilidade - com base nas evidências disponíveis. Quanto ao segundo tipo de argumentação, H configura um enunciado que não é verdadeiro nem falso; sua validação é uma questão de estipulação por convenção. O objetivo da argumentação, assim, é fornecer razões para a adoção de H dentre as demais hipóteses alternativas existentes. Destarte, os enunciados a respeito de definições já aceitas na comunidade linguística e jurídica são verdadeiros ou falsos, e os argumentos a eles concernentes enquadram-se no primeiro tipo indicado; por outro lado, a existência de desacordo a respeito de determinados significados das formulações normativas pode dizer respeito ao desacordo quanto aos argumentos que suportam - com base em distintas assunções valorativas - a aceitabilidade das definições estipulativas, propostas para fins de adscrição de sentido das formulações normativas. Nessa hipótese, os argumentos concernentes enquadram-se no segundo tipo indicado (na forma “o argumento X com a conclusão C é aceitável para o auditório A”).

A dogmática, portanto, desenvolve sua atividade tanto com os aspectos descritivos (por exemplo, os significados decorrentes das intenções das autoridades legiferantes, usos de expressões na linguagem ordinária, práticas interpretativas aceitas de modo generalizado entre autoridades jurídicas em geral e juízes em especial) quanto com os aspectos estipulativos do significado (por exemplo, “ajuste” dos termos contidos nas formulações normativas às novas situações, fixação de sentido para termos vagos e colmatação de lacunas normativas). (A especificação de significado de determinada formulação normativa pode ser parcialmente descritiva e parcialmente estipulativa). É a partir do delineamento de premissas (definições descritivas e estipulativas), associado às formulações normativas (textos), que a dogmática extrai - derivação dedutiva - as soluções genéricas para os casos genéricos. O delineamento de premissas para a derivação de soluções normativas implica que o sistema jurídico S da comunidade C baseia-se em determinadas atividades sociais - incluindo o labor dogmático - que estabilizam, para um momento temporal considerado, o significado das formulações normativas correspondentes às normas jurídicas levadas em consideração para a solução de determinado caso (genérico ou concreto). Assim, subjaz à ordem jurídica uma constante

atividade, desenvolvida pelos membros da comunidade jurídica, que lhe confere suporte, que a revisa, e que a desenvolve.

Por fim, em relação às condições de verdade dos enunciados jurídicos em geral, e enunciados dogmáticos em especial, importa referir, ainda, a distinção entre enunciados primários e secundários. Um enunciado na forma “X tem o direito subjetivo a Y nas circunstâncias Z” é um enunciado primário; um enunciado secundário correspondente seria, por exemplo, “a maioria da comunidade jurídica, ou os juristas dogmáticos A, B, C e D, ou a jurisprudência uníssona ou majoritária do tribunal W, ou a maioria dos membros componentes do tribunal T, posicionam-se no sentido de que ‘X tem o direito subjetivo a Y nas circunstâncias Z’”. Mesmo aqueles que questionam o *status* cognitivo do enunciado primário (e, portanto, sua avaliação em termos de valores de verdade) - ou mesmo se tal *status* cognitivo apresentar-se incerto para todos ou para alguns membros da comunidade jurídica - não questionam (ou não deveriam questionar) o *status* cognitivo de enunciados secundários correspondentes, muitos dos quais podem ser considerados verdadeiros de forma incontroversa. Significa dizer: ainda que determinados enunciados primários careçam de valor de verdade (ou o *status* cognitivo de tais enunciados seja objeto de controvérsia entre membros da comunidade jurídica), o *status* cognitivo e/ou o valor de verdade de enunciados secundários correspondentes podem ser isentos de controvérsia e, de conseguinte, incontroversa a cognoscibilidade das razões aduzidas pelos juristas dogmáticos, favoráveis ou contrárias à aceitação de determinados enunciados primários (ou “teses jurídicas” primárias, no sentido especificado). As proposições que descrevem tais razões - bem como os juristas dogmáticos que as sustentam - são expressas pelos enunciados secundários. A importância da distinção aludida consiste não somente no fato de que a *expertise* jurídica (e, conseqüentemente, a própria noção de comunidade jurídica) depende do conhecimento de enunciados secundários; a decidibilidade, como problema da dogmática, depende da atribuição de valores de verdade aos enunciados jurídicos secundários, particularidade diretamente relacionada com a autoridade da razão dogmática em geral, e com a autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional em especial. Em termos categóricos: não há como falar em decidibilidade, como problema da dogmática, sem que se conceba a atribuição de valores de verdade aos enunciados jurídicos secundários (por exemplo: “o tribunal T tem posicionamento assentado no sentido de que a técnica processual Y, na tutela jurisdicional X, pode ser utilizada quando se tratar de dar efetividade ao direito subjetivo Z”).

10.3 ENUNCIADOS DOGMÁTICOS COMO ATOS ILOCUCIONÁRIOS

Pode-se dizer que os enunciados jurídicos, em sua fórmula genérica “X tem o direito a Y em face de Z”, são aqueles cujo conteúdo proposicional consiste em um fato jurídico, à luz de que os fatos jurídicos são aqueles fatos que fazem com que os enunciados jurídicos sejam verdadeiros quando eles forem verdadeiros.⁴⁶⁶ Em verdade, essa caracterização mostra-se essencial à compreensão dos enunciados da dogmática jurídica, que envolve a perquirição de sua função à luz da questão “o que significam (ou o que pretendem significar) os enunciados formulados pela dogmática jurídica?”.⁴⁶⁷ Trata-se da identificação da semântica (associada ao conteúdo proposicional) e da pragmática (associada à caracterização dos atos-de-fala como atos ilocucionários e atos perlocucionários) dos enunciados dogmáticos.⁴⁶⁸ Uma importante implicação decorrente do conceito de incidência jurídica diz respeito ao fato de que os enunciados cujo conteúdo proposicional consiste em um fato jurídico (que incluem os enunciados referidos a direitos e deveres) não são redutíveis às asserções referidas às condutas das autoridades. Assim, por exemplo, o proprietário X (a partir da assunção quanto à verdade da proposição “X é proprietário do bem Y”) pode não obter a tutela jurisdicional para fins de restituição do seu bem porque não logrou êxito quanto à apresentação de provas suficientes, ou porque seu advogado mostrou-se inábil para a condução do caso, ou, ainda, porque o juiz cometeu um erro. Essas ocorrências não infirmam a correção jurídica da asserção de que X é proprietário do bem Y; a decisão judicial que, em caso de concretização de alguma das circunstâncias exemplificadas (como o cometimento de erro decisório), não emite comando no sentido da determinação de restituição do bem (subtraído indevidamente do seu proprietário), cria um novo fato jurídico-institucional cuja consequência jurídica consolida a

⁴⁶⁶ “They are facts that make legal statements true, and are a subcase of institutional facts. If there were no courts or legal institutions, such facts would not exist. But in every sophisticated society there are such institutions”. STROLL, Avrum. *Informal philosophy*. Totowa: Rowan & Littlefield, 2009. p. 108.

⁴⁶⁷ A investigação dogmática inclui orações de resultado e orações de justificação: as primeiras expressam o resultado da investigação jurídico-dogmática; as segundas fornecem razões para as orações de resultado.

⁴⁶⁸ Quando se examina uma expressão como ato ilocucionário, atenta-se ao significado da oração; como ato ilocucionário, a oração pode ser, por exemplo, uma asserção, uma recomendação, uma ordem, uma advertência, um questionamento, etc. A emissão da oração tem um efeito ilocucionário, quando aquele para a qual é dirigida a oração compreende a emissão, no sentido de que compreende que se trata de uma asserção, uma recomendação, uma ordem, etc. Quando se examina a expressão como ato perlocucionário, atenta-se ao efeito da expressão sobre o destinatário da oração (uma expressão que, como ato ilocucionário, corresponde a uma asserção, pode, por exemplo, convencer o destinatário acerca da verdade da asserção; uma ordem pode resultar na realização de determinada conduta pelo destinatário da ordem). O conteúdo proposicional da expressão denota uma entidade e a conecta com um predicado.

situação a ele desfavorável no que concerne ao exercício do seu direito subjetivo.⁴⁶⁹ Conforme anteriormente frisado, dentro do conjunto de todos os tipos de enunciados jurídicos formuláveis, alguns se configuram como asserções e, por conseguinte, pretendem ser verdadeiros. Destarte, a existência de direitos não está correlacionada (nem como condição suficiente, nem como condição necessária) à conduta das autoridades, no sentido de que determinado direito existe, ou virá a existir, somente se determinada autoridade assim decidir. Se a decisão de certa autoridade judicial, considerada singularmente, fosse constitutiva da existência de direitos, restaria conceitualmente impossível a utilização da noção de sentença ilegal (ou contrária às normas jurídicas). A dogmática jurídica, portanto, não se identifica - ao menos não forma prioritária - como um conjunto de descrições da atividade de autoridades (particularidade que não infirma a importância de enunciados cujo conteúdo invoca um juízo de prognose de decisões autoritativas), mas sim como uma atividade de interpretação do direito, mediante afirmações a respeito do conteúdo significativo de expressões linguísticas, quais sejam, as formulações normativas (em correlação com as fontes do direito reconhecidas de forma generalizada pela comunidade jurídica).⁴⁷⁰

A atividade dogmática corresponde - dentre outras tarefas - a uma tarefa de clarificação do conteúdo informativo das fontes do direito; entretanto, nas situações com ausência de determinação significativa (expressões “pouco claras”, ambíguas, vagas ou valorativamente abertas), tal tarefa não se limita a apresentar as alternativas possíveis de solução, deixando “em aberto” as eleições entre elas: a dogmática aspira a realizar esta eleição. A constatação das indeterminações significativas, portanto, corresponde ao ponto de partida da investigação, e não ao ponto final. Assim, se os enunciados dogmáticos afirmam que determinada informação proveniente das fontes do direito apresenta certo conteúdo C, a

⁴⁶⁹ O enunciado “X é proprietário do bem Y” remete à constatação no sentido de que X adquiriu o bem em questão por um dos meios legalmente reconhecidos para aquisição da propriedade como, por exemplo, mediante um negócio jurídico translativo de propriedade (“X adquiriu o bem Y por meio do cumprimento da obrigação da entrega da coisa derivada da realização de um contrato de compra-e-venda”). As inferências realizadas pela dogmática jurídica, assim, dão-se à luz da circunstância de que os direitos subjetivos existem sobre a base de determinados fatos jurídicos (direito subjetivo como uma das modalidades jurídico-eficaciais). Assim: “se X comprou Y (com implementação da obrigação contratual corresponde, para fins de transmissão da propriedade), X é proprietário de Y”; “se X é proprietário de Y, qualquer dano concretizado em Y na situação C rende ensejo ao direito à indenização por parte de X”; “X comprou Y”; logo, “o dano concretizado em Y na situação C deve ser indenizado a X”.

⁴⁷⁰ Quando um juiz, ao decidir um caso, afirma “no direito brasileiro a norma que dispõe ‘se F, então deve ser G’ é válida”, ele não está se referindo à conduta dos juízes ao tomar decisões; a oração em questão não é formulada estudando como os juízes - incluindo o juiz que formula o enunciado - se comportam na situação de tomada de decisões: é formulada com base na informação proveniente das formulações normativas (textos jurídicos) em correlação com as fontes do direito. Do ponto de vista do juiz, as fontes do direito consubstanciam um tipo de mensagem, e as normas jurídicas válidas são os conteúdos destas mensagens. O enunciado formulado pelo juiz afirma que certa mensagem M apresenta determinado conteúdo C (assim, o enunciado é verdadeiro se o conteúdo da mensagem corresponde a C).

expressão “conteúdo C” deve ser compreendido de um modo qualificado. A expressão em questão não pode apenas se referir ao conteúdo que pode ser derivado sobre a base das regras habituais do uso linguístico. Tal particularidade deve ser entendida conjuntamente com a circunstância de que ao menos em certos casos o sistema jurídico apresenta um conteúdo determinado, ainda quando o conteúdo da informação proveniente das fontes do direito não apresente determinação. O significado da expressão “conteúdo C” pode ser sintetizado consoante a forma: “o conteúdo da norma é C, se dentre os conteúdos alternativos C1, C2, C3,..., Cn, a comunidade jurídica adotou, em determinado momento T, o conteúdo C”. A forma aludida decorre da tese das fontes sociais (o direito, em última instância, funda-se em fatos sociais complexos), associada à dimensão social das normas jurídicas (e, por conseguinte, associada à possibilidade de constatação empírica da existência do direito). Com base em tal formulação, não se mostra possível que toda a comunidade jurídica⁴⁷¹ possa estar equivocada a respeito do conteúdo do sistema jurídico a ela concernente, tampouco o sistema jurídico apresenta-se como necessariamente racional em seu conteúdo, que pode ser criticado com base em diferentes critérios de racionalidade, inclusive aqueles critérios aceitos pela comunidade jurídica. Importa destacar, entretanto, que os enunciados dogmáticos não afirmam em todos os casos que a comunidade jurídica adotou determinada interpretação. Significa dizer: o caráter do enunciado enquanto ato ilocucionário pode ser diferente (o enunciado pode apresentar diferentes aspectos ilocucionários), mas ao seu conteúdo proposicional subjaz a idéia de que a comunidade jurídica aceita a interpretação nele (enunciado) mencionada.⁴⁷²

Os atos ilocucionários relacionam-se com os fatos institucionais, que são aqueles que, diferentemente dos fatos brutos, pressupõem a existência de determinadas instituições humanas. O casamento pode servir de exemplo: sem a existência de certas regras constitutivas que criam a condição de casado, nenhum fato físico ou mental pode justificar a asserção de que “A casou-se com B”. Apesar disso, tal asserção, que expressa uma proposição, refere-se a um fato. Assim, a oração “X realizou um contrato de locação com Z” expressa um fato institucional, um fato cuja constatação pressupõe a correlação entre as condutas de X e Z à luz de determinada regra constitutiva referida à perfectibilização de um contrato de locação. Em

⁴⁷¹ Frise-se: não há falar em erro cometido pela comunidade jurídica em seu conjunto; de outro lado, os membros da comunidade, individualmente considerados, podem, evidentemente, cometer erros a respeito do conteúdo das normas jurídicas.

⁴⁷² HELIN, Markku. Sobre la semántica de las oraciones interpretativas en la dogmática jurídica. In: AARNIO, Aulis et al. (Comp.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 201.

suma: enunciados baseados em regras constitutivas expressam fatos institucionais, que não são reduzíveis a fatos brutos. Nesse sentido, e conforme Markku Helin:

[...] al decir ‘A es propietario de T’, el hablante no está describiendo brevemente estos hechos, sino expresando una conclusión, que se basa, por un lado, en estos hechos, y, por outro, en la regla constitutiva que establece cómo deben ser interpretados estos hechos. No se necesita ninguna reducción para tener en claro el hecho que un enunciado jurídico expresa.⁴⁷³

À luz do exposto, o conteúdo proposicional dos enunciados dogmáticos assertóricos pode ser identificado com determinada regra constitutiva na forma “X vale como Y no contexto C na comunidade jurídica CJ”: tais enunciados são verdadeiros se X vale como Y no contexto C na comunidade jurídica CJ. Consoante anteriormente frisado, somente os enunciados dogmáticos assertóricos (ou seja, aqueles enunciados que, enquanto atos linguísticos ilocucionários, caracterizam-se como asserções) são verdadeiros ou falsos; a dogmática, assim, conforma uma “plataforma institucionalizada” de transmissão de informações jurídicas, essencial na medida em que a partir desta transmissão dá-se a transferência aos futuros membros da comunidade jurídica das regras constitutivas (bem como das interpretações “bem estabelecidas”) adotadas pela comunidade em questão.⁴⁷⁴ A apreensão das regras constitutivas, em correlação com determinados suportes fáticos, possibilita a apreensão de fatos institucionais em geral, e de fatos jurídicos em particular. Dessa apreensão decorre a possibilidade de conhecimento - bem como da previsibilidade - acerca da incidência das normas que vinculam as consequências jurídicas ao(s) fato(s) de que determinada(s) pessoa(s) possui(em) direito(s) e dever(es). Assim, uma asserção é tomada como verdadeira no âmbito da dogmática se uma parte relevante da comunidade jurídica adotou a regra constitutiva que conforma o conteúdo proposicional da asserção. No caso de uma oração formulada, *verbi gratia*, como “um programa de computador não é uma obra no sentido da lei de direitos autorais”, a parte relevante da comunidade em questão:

⁴⁷³ HELIN, 1997, p. 204.

⁴⁷⁴ Markku Helin destaca que não é absolutamente necessário que os membros da comunidade jurídica tenham presente a regra constitutiva que conforma o conteúdo proposicional dos enunciados dogmáticos assertóricos. Segundo o autor, pode-se dizer que uma regra foi adotada pela comunidade jurídica quando ela é uma consequência lógica de outras regras adotadas pela comunidade jurídica, ou seja, quando ela pode ser derivada a partir da utilização de determinadas regras ou pautas de argumentação ou interpretação adotadas pela comunidade em questão. Entretanto, devido à vagueza de determinadas pautas argumentativas ou interpretativas, este procedimento de controle não se mostra rígido (somente certas pautas, tal como os critérios da *lex superior* ou *lex posterior* são relativamente precisas). Assim, a aplicação de tais pautas em correlação com as fontes do direito revela uma dimensão criativa cujo resultado não pode ser derivado sem ambiguidade de outras regras ou pautas adotadas pela comunidade jurídica. Significa dizer: o fato de que o resultado seja obtido recorrendo-se às pautas aludidas não é suficiente para comprovar, em todos os casos, a verdade de determinado enunciado assertórico. HELIN, 1997, p. 206.

[...] consiste en personas que están autorizadas para aplicar las reglas de derecho de autor o que, por alguna otra razón, son considerados expertos en la materia. Si se tratara de interpretar una aserción en el campo, digamos, del derecho laboral, la composición de la comunidad relevante hubiera sido, al menos parcialmente, diferente.⁴⁷⁵

Como exposto, nem todos os enunciados dogmáticos são atos linguístico-ilocucionários assertóricos. A comunidade jurídica, com seus diversos grupos de *experts*, não é, em princípio, o objeto da investigação na dogmática jurídica; ela constitui o “corpo de usuários” dos resultados da dogmática. Se dentre as tarefas da dogmática - que está “em função” das funções sociais do direito - inclui-se a de oferecer “auxílio” (descritivo ou normativo) àqueles que aplicam o direito, os juristas dogmáticos não podem se limitar a informar quais são as interpretações “bem estabelecidas” no âmbito da comunidade jurídica, em que pese a imprescindibilidade do conhecimento (*iura novit curia*), pelos agentes aplicadores (como integrantes da comunidade jurídica), de tais interpretações, cujos conteúdos informam os enunciados assertóricos (à luz da aceitação generalizada das interpretações em questão). A função social da dogmática em geral, e da processualística em particular - como atividade investigativa desenvolvida no âmbito da comunidade jurídica -, revela-se não apenas em relação às informações verdadeiras fornecidas pelos enunciados assertóricos (auxílio descritivo), mas também nas hipóteses em que não existem interpretações “bem estabelecidas”, situações estas em que se espera o auxílio normativo da dogmática.⁴⁷⁶ Nestes casos, quando se chega à conclusão de que “X vale como Y no contexto C na comunidade jurídica CJ”, a oração resultante não é uma asserção, e sim uma recomendação, segundo a qual a comunidade deve adotar a regra constitutiva em questão. Conforme já destacado, as recomendações não são verdadeiras nem falsas;⁴⁷⁷ elas podem ser

⁴⁷⁵ HELIN, 1997, p. 207.

⁴⁷⁶ “La investigación jurídica no puede elegir por nosotros en qué orden jurídico queremos vivir. Lo único que puede hacer es informar sobre las elecciones realizadas y, además, facilitar las elecciones ofreciendo a la discusión propuestas racionalmente fundamentadas o recomendaciones para una solución”. Ibidem, p. 214.

⁴⁷⁷ Nem sempre é possível distinguir quando um enunciado dogmático caracteriza-se como asserção ou como recomendação. Assim, determinado enunciado pode ser entendido como uma asserção baseada na evidência de que a comunidade jurídica, em certo momento em que a asserção se torna “corrente”, utiliza as mesmas pautas argumentativas e critérios interpretativos que os investigadores dogmáticos e, portanto, atinge, com elevado grau de probabilidade, o mesmo resultado expresso pela asserção. Por outro lado, o enunciado pode ser entendido como uma recomendação na medida em que expressa a interpretação alternativa que o investigador considera como sendo a melhor ou mais adequada. Aquele que formula o enunciado poderia afirmar algo como “creio que a comunidade jurídica realmente aceita o que afirmo; em não sendo este o caso, então deveria adotar a minha versão, dado que é a interpretação alternativa que se apóia nas melhores razões”. Isso revela que a ambiguidade de determinados enunciados dogmáticos enquanto atos ilocucionários.

entendidas como conjunções que recomendam o rechaço de determinada interpretação e a adoção de uma nova interpretação (substitutiva da anterior).

Se do ponto de vista ilocucionário os enunciados dogmáticos ora se caracterizam como asserções, ora como recomendações, do ponto de vista perlocucionário a função de tais enunciados normalmente mantém-se a mesma (independentemente da caracterização como atos ilocucionários, portanto). Segundo Markku Helin, o efeito perlocucionário que se pretende com uma recomendação é fazer com que a comunidade jurídica aceite ou adote a regra constitutiva recomendada (ou a hipótese interpretativa objeto de recomendação). Quando um jurista dogmático sustenta que “X vale como Y no contexto C na comunidade jurídica CJ”, seu enunciado ostenta o efeito perlocucionário almejado se a comunidade adota a regra constitutiva em questão, ou seja, começa a utilizá-la como base para a formulação de enunciados jurídicos, assim como aplica normas em que Y configura parte da descrição do conjunto de fatos pertinentes ao objeto do julgamento decisório.⁴⁷⁸ O efeito perlocucionário pretendido com uma asserção, por sua vez, consiste em convencer determinada audiência quanto à verdade da asserção. Quando um jurista dogmático sustenta que “X vale como Y no contexto C na comunidade jurídica CJ”, seu enunciado ostenta o efeito perlocucionário almejado se a comunidade jurídica aceita esse enunciado como verdadeiro. Se isso ocorre, a comunidade jurídica começa a utilizar o enunciado como base para outros enunciados - e como base para decisões -, à luz da adoção do ideal das ações/decisões baseadas em normas jurídicas.⁴⁷⁹ Nesse sentido, a aceitação de determinada asserção envolve, *pari passu*, a constituição, pela comunidade jurídica, de uma regra que conforma o conteúdo proposicional do enunciado jurídico assertórico, particularidade associada com a diferença entre asserções referidas a fatos brutos e asserções referidas a fatos institucionais em geral e fatos jurídicos em especial. Os enunciados jurídico-assertóricos referem-se a esta última modalidade de fatos. Assim, a dogmática cria novas regras constitutivas (e hipóteses interpretativas, à luz de novos nexos de fundamentação jurídica), ao mesmo tempo em que confirma as regras e hipóteses anteriores, reforçando a integração da comunidade jurídica.

Os enunciados dogmáticos têm como marco referencial a aplicação de determinada consequência jurídica a um caso, aplicação cuja justificação corresponde à afirmação acerca da existência de certo direito ou dever; assim, a conclusão de que um direito ou dever existe deriva de determinados fatos, caracterizados como fatos jurídicos.⁴⁸⁰ Os direitos e deveres,

⁴⁷⁸ HELIN, 1997, p. 209.

⁴⁷⁹ Vide Capítulo 6, 6.2.

⁴⁸⁰ Vide Capítulo 1, 1.2.

como modalidades eficaciais, decorrem de fatos jurídicos, como espécie de fatos institucionais. Diversas inferências jurídicas são realizadas a partir desse marco referencial (inferências de consequências jurídicas a partir de fatos jurídicos) como, por exemplo: (a) A é proprietário de B; (b) existe uma norma jurídica válida que dispõe: “se A é proprietário de B, deve ocorrer Z”; (c) logo, deve ocorrer Z. A existência de um direito é um fato institucional, e os fatos institucionais, diferentemente dos fatos brutos ou fatos físicos, pressupõem a institucionalidade da ordem jurídica. O fato de que “A é proprietário de B” pode ser objeto de um enunciado jurídico pressupõe a circunstância correspondente à adoção, pela comunidade jurídica, de determinada regra constitutiva “X vale como Y no contexto C na comunidade jurídica CJ”, cujo conteúdo concreto possibilita a avaliação veritativa acerca do enunciado aludido. A partir disso se revela a relação entre os enunciados dogmáticos e a distinção entre identificação e aplicação de normas jurídicas: um enunciado é falso, se no âmbito da comunidade jurídica a regra constitutiva “X vale como Y no contexto C na comunidade jurídica CJ” foi adotada (assim como a norma “se Y, deve ocorrer W”), e um tribunal, conhecendo o conjunto dos fatos X, impõe a consequência “não-W”. Significa dizer: os enunciados dogmáticos exercem um papel tanto em relação à identificação quanto em relação à aplicação das normas, bem como no que concerne à relação existente entre identificação e aplicação.⁴⁸¹

Em relação ao ponto, destaque-se que os enunciados dogmáticos assertóricos podem ser formulados antes da primeira aplicação (ou adjudicação) de determinada norma (uma norma que ingressou no sistema, mas ainda não foi objeto de aplicação judicial). Mesmo quando ninguém seja consciente da existência da norma, é possível formular um enunciado assertórico a ela relacionado; tal estado de coisas afeta o controle de verdade do enunciado como ato ilocucionário-assertórico. Assim, na hipótese colocada, a verdade da asserção pode ser objeto de comprovação somente se o conteúdo proposicional da asserção for uma consequência lógica de outros conteúdos decorrentes de regras adotadas pela comunidade jurídica (ou, mais exatamente, decorrente de conteúdos proposicionais de outras asserções verdadeiras referidas a essas regras). Nos casos em que tal derivação não se mostra possível, a

⁴⁸¹ A distinção entre identificação e aplicação reflete aquela existente entre incidência e aplicação das normas jurídicas que, por sua vez, associa-se com a diferenciação entre os planos da ordem jurídica (material e processual). A identificação das normas (ou seja, o “passo” que leva das distintas fontes do direito às normas jurídicas) também deve ser diferenciada da sistematização de normas (que pressupõe a prévia identificação), como atividade que compreende a solução de casos genéricos por meio de derivação das consequências do conjunto normativo e a reformulação do sistema jurídico. A sistematização (que revela a função cognoscitiva da dogmática), por seu turno, não deve ser confundida com a modificação do sistema jurídico (que revela a função prático-normativa, ou “criptonormativa”, da dogmática jurídica).

comunidade jurídica deve aguardar (ou buscar) mais evidências para clarificar o valor de verdade do enunciado assertivo. Assim, quando um juiz, para oferecer razões a favor de sua decisão baseada em uma norma que ingressou no sistema e ainda não foi objeto de aplicação, afirma “o conteúdo da norma é C”, ele não está apresentando uma hipótese acerca de como a comunidade jurídica entende o conteúdo da nova norma, tampouco está recomendando que se adote a norma com o conteúdo C. O juiz está expressando sua própria decisão de interpretar a norma dessa maneira. Isso mostra que a dogmática jurídica e a atividade dos juízes ao decidir os casos concretos não podem ser colocadas no mesmo plano; no caso da processualística, como exposto, ela consubstancia a metalinguagem do direito processual civil, sendo a tutela jurisdicional o ponto a partir do qual ela funda a sua autoridade como razão dogmática, à luz de enunciados como “a tutela declaratória tem por finalidade certificar a existência de determinada relação jurídica, emprestando-lhe certeza”; “a tutela condenatória tem por finalidade satisfazer a obrigação de pagar”; “a tutela constitutiva tem por finalidade satisfazer os direitos potestativos”; “a tutela mandamental tem por finalidade satisfazer as obrigações de fazer e não fazer e os deveres de abstenção” e “a tutela executiva tem por finalidade satisfazer as obrigações de dar e os deveres de restituir”.⁴⁸² Tais enunciados consubstanciam atos ilocucionários com força assertiva e, desse modo, os respectivos efeitos perlocucionários (ou intenção perlocucionária) dirigem-se à aceitação, pela comunidade jurídica, da verdade dos conteúdos proposicionais que eles expressam.

Nesse contexto, o que especifica a processualística - e sua respectiva função social - é que a sua autoridade como razão dogmática se dá no âmbito da tutela jurisdicional⁴⁸³ e, como tal, a força ilocucionária de seus enunciados assertóricos, embora independente, pressupõe a verdade de enunciados de direito material. Assim, a verdade do enunciado dogmático “a tutela executiva tem por finalidade satisfazer as obrigações de dar e os deveres de restituir” pressupõe, por exemplo, a existência de um fato jurídico que, concretizado, rende ensejo à irradiação do direito subjetivo do proprietário J à restituição do bem X dele injustamente desapossado, fato jurídico este que, de seu turno, pressupõe a verdade de “J é proprietário de X”.⁴⁸⁴ Assim, numa situação concreta em que, na hipótese de efetivamente J ser proprietário de X (e, por conseguinte, realmente ser titular de um direito à sua restituição), o enunciado

⁴⁸² Enunciados contidos em OLIVEIRA, 2008, p. 140.

⁴⁸³ Sem prejuízo, evidentemente, dos demais enunciados da dogmática processual que não estão associados de forma direta à tutela jurisdicional, enquanto conceito atinente ao resultado da atividade jurisdicional que promove a conexão entre o plano material e o plano processual do ordenamento.

⁴⁸⁴ “The notion of a right cannot, I have argued, be explained either as referring to or denoting any kind of entity - though statements about rights can be true of false and, because of this, be factual”. WHITE, Alan R. *Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1984. p. 173.

dogmático “a tutela executiva tem por finalidade satisfazer as obrigações de dar e os deveres de restituir” pode assumir uma força ilocucionária (no plano da metalinguagem) crítica (e de controle, portanto), na hipótese de o juiz lançar mão de técnicas de tutela não associadas à tutela executiva (no plano da linguagem-objeto) do direito à restituição em questão.⁴⁸⁵ Mas essa força ilocucionária crítica pressupõe a estabilização da força ilocucionária assertórica; e essa estabilização é a própria função social da processualística.

11 CONDIÇÕES DE JUSTIFICAÇÃO E TUTELA JURISDICIONAL

Conforme destacado, a distinção entre as dimensões ilocucionária, locucionária e perlocucionária dos atos-de-fala consubstancia um importante meio de análise tanto dos enunciados dogmáticos (metalinguagem) como dos fatos jurídicos no plano da linguagem-objeto, notadamente quanto à espécie dos atos jurídicos, que incluem os atos processuais em geral e os atos decisórios em especial (em particular, o ato judicial de proferir sentença). A tutela jurisdicional, nesse sentido, presta-se - talvez como melhor exemplo - à análise das dimensões ilocucionária e perlocucionária da enunciação normativa. De outro lado, a compreensão da tutela jurisdicional depende da diferenciação entre o ato decisório e a norma dele resultante e, por conseguinte, da distinção entre justificação de atos e justificação de normas. Nesse contexto, ainda, a tutela jurisdicional vista como norma serve ao delineamento da noção de tutelabilidade.

11.1 JUSTIFICAÇÃO DE ATOS E JUSTIFICAÇÃO DE NORMAS

⁴⁸⁵ Como se percebe, a diferença entre força (aspecto ilocucionário), conteúdo (aspecto locucionário) e efeitos (aspecto perlocucionário) aplica-se no nível da metalinguagem (por exemplo, em relação à asserção “a tutela constitutiva tem por finalidade satisfazer os direitos potestativos”) e da linguagem-objeto (por exemplo, a distinção entre a força, o conteúdo e o efeito exurgente de uma sentença que veicula tutela que desconstitui um negócio jurídico). Outrossim, a diferença entre significado (locucionário) e força (ilocucionária) serve para evitar a falácia de confundir direito subjetivo com pretensão: conforme Alan R. White, “underlying this source of fallacy is a confusion between the meaning of ‘having a right’ and the illocutionary force of saying that one has a right - which is alleged to be making a claim on others”. Ibidem, p. 127.

O problema da individualização da norma que justifica a decisão judicial pressupõe a aplicabilidade da norma (Capítulo 8, 8.3), subdividindo-se em dois problemas distintos: (1) o problema atinente à norma aplicável que justifica o ato de decidir: trata-se da norma externamente aplicável, ou seja, a norma que o juiz tem obrigação de aplicar tendo em vista o disposto por outra norma jurídica; e (2) o problema atinente à norma aplicável que justifica o resultado (conteúdo) da decisão (ou seja, a norma individual expressa pela sentença): trata-se da norma internamente aplicável, ou seja, a norma que regula o caso objeto de decisão. Assim, no caso de uma decisão, fundada nas provas apresentadas no processo, que condena alguém ao pagamento de indenização em virtude de responsabilidade civil extracontratual, sem que o condenado, por hipótese, tenha praticado o ato contra ele imputado na demanda, pode-se dizer que: (a) a decisão que condena o réu está justificada, como ato, com base em uma norma externamente aplicável ao caso, qual seja, a norma processual que obriga o juiz a condenar aquele contra o qual as provas indiquem a realização do ato cujo resultado rende ensejo ao preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil, à luz dos ônus probatórios e do estândar de prova aplicável; todavia, (b) a decisão que condena o réu não está justificada, como resultado do ato de decidir, já que a norma individual expressa pela sentença não está justificada pela norma substantiva correspondente à responsabilidade civil extracontratual, haja vista que tal norma não é internamente aplicável (relembre-se que, por hipótese, o réu não praticou o ato contra ele imputado).⁴⁸⁶ Nesses moldes, pode-se afirmar que:

- a) a aplicabilidade externa de uma norma jurídica a um caso é condição necessária para a justificação da decisão-ato (ato de decidir do juiz);⁴⁸⁷
- b) a aplicabilidade interna de uma norma jurídica a um caso é condição necessária para a justificação da decisão-resultado (norma individual expressa pela decisão); logo,
- c) uma decisão judicial (incluindo ato e resultado) está plenamente justificada se o juiz aplica ao caso uma norma interna e externamente aplicável.

Como se vê, a diferenciação entre justificação da decisão-ato e justificação da decisão-resultado (norma individual)⁴⁸⁸ reflete a distinção entre o plano do direito processual e o plano do direito material: quando se leva em consideração a justificação da decisão como norma individual, as normas implicadas são, fundamentalmente, as normas substantivas, ou seja, aquelas que estabelecem as consequências jurídicas correlacionadas com o(s) suporte(s)

⁴⁸⁶ Nesse caso, o juiz decide corretamente de acordo com as normas processuais, mas o resultado da decisão não está justificado, porquanto o réu não é civilmente responsável à luz da norma substantiva aplicável.

⁴⁸⁷ A justificação da decisão-ato pode ser sintetizada na fórmula: “um ato A está justificado por uma norma N se, e somente se, N permite ou obriga a realização de A”.

⁴⁸⁸ “Los tribunales aplican el Derecho dictando sentencias que son ellas mismas normas”. RAZ, 1991, p. 153.

fático(s) que ingressa(m) no processo por meio da causa de pedir (conformando, portanto, o objeto do processo que deve ser apreciado pelo juiz), normas estas que formam parte do raciocínio judicial sob a forma de premissas decisórias. Por outro lado, a justificação da decisão judicial como ato (ou atividade) depende do cumprimento de normas que o regulam, que são, fundamentalmente, normas processuais. De outro lado, essa relação pode ser vista em termos de relação entre prova e verdade: o conteúdo da decisão acerca de proposições fáticas provadas consiste na premissa fática que se introduz no raciocínio decisório. A decisão-ato estará justificada se no processo existirem elementos informativos suficientes em favor da proposição fática (particularidade que torna juridicamente aceitável a proposição em questão);⁴⁸⁹ do ponto de vista do conteúdo, a premissa estará justificada se for verdadeira⁴⁹⁰ (circunstância que não infirma a particularidade de que a prova de uma proposição sobre um fato não exige a verdade da proposição, ou seja, a verdade da proposição não é condição necessária para que ela seja considerada provada).

A distinção entre justificação da decisão-ato e justificação da decisão-norma, além de refletir a diferenciação conceitual entre os planos da ordem jurídica,⁴⁹¹ como frisado, reflete a relação instrumental entre justificação e verdade no âmbito da decisão judicial. Se o conteúdo da uma decisão judicial pode ser caracterizado como uma norma jurídica individual (ou particular/concreta), e se esta norma está justificada somente se corresponder ao resultado da aplicação de uma norma jurídica geral, pode-se afirmar que a norma individual estará justificada somente se ela corresponder a uma conclusão logicamente derivada de um conjunto formado por: (a) uma norma jurídica geral, que prescreve que um determinado caso genérico deve se correlacionar com determinada consequência jurídica; (b) uma premissa fática que consiste na descrição de um fato particular; e (c) uma premissa interpretativa que subsume o caso individual na classe designada pelo caso genérico. Desse conjunto decorrem duas interrogações: (i) a justificação jurídica da norma individual - conteúdo da decisão judicial - requer a verdade das premissas decisórias?; e (ii) qual a relação existente ente a justificação do ato de decidir e a justificação do seu conteúdo? Os modelos que intentam dar conta da noção de decisão justificada devem levar em consideração tais interrogantes, para

⁴⁸⁹ Vide Capítulo 4, 4.3.

⁴⁹⁰ Os ordenamentos jurídicos normalmente estabelecem limites à rediscussão do conteúdo da decisão, incluindo a rediscussão acerca da verdade das premissas decisórias: trata-se do valor atribuído à fixação de um limite temporal ao questionamento das decisões judiciais, para que tais decisões adquiram efeitos jurídicos definitivos. Assim, somente em hipóteses excepcionais permite-se a rediscussão de uma decisão-resultado (norma individual) injustificada (por conter uma premissa fática falsa, por exemplo), apesar do fato de que o conteúdo decisório tenha adquirido *status* de *res iudicata* (e ainda que a decisão-ato correspondente esteja justificada).

⁴⁹¹ Vide Capítulo 7, 7.1.

fins de reconstruir racionalmente as condições consideradas necessárias, no âmbito da prática judicial, para a justificação da norma individual, no intuito de dar conta, especificamente, da relação instrumental entre justificação e verdade das premissas decisórias no âmbito da decisão judicial. Assim, o conceito de tutela jurisdicional exige um modelo de reconstrução racional que intenta tornar inteligível o modo em que habitualmente se considera que uma decisão judicial, tanto como decisão-ato quanto como decisão-resultado, encontra-se juridicamente justificada.

A prática jurídica está constituída por normas que certos atores seguem ao utilizar determinada classe de normas que, por preencherem certas condições, são consideradas normas jurídicas; as condições para estabelecer se uma decisão judicial está justificada são estabelecidas por uma prática deste tipo, consoante delineado no modelo de prática judicial exposto no Capítulo 7, 7.3. A reconstrução racional das condições mencionadas deve dar conta destas duas considerações normativas: tanto as normas jurídicas quanto as normas que estabelecem como utilizar as primeiras. Nesse contexto, imagine-se um sistema hipotético simples que contenha normas das seguintes modalidades: (a) normas substantivas (por exemplo, “aquele que causar dano a outrem fica obrigado à reparação”); e (b) normas de carácter processual que estabelecem, por exemplo, as condições para que um indivíduo possa ingressar como parte em um processo judicial; qual o juiz competente; quais os meios de prova admissíveis; como estes meios podem ser incorporados ao processo e quais as condições que deve satisfazer uma sentença. A partir disso, e levando em consideração o modo em que os juízes e operadores jurídicos utilizam o tipo de normas indicadas, pode-se construir um modelo simplificado (MM) que caracterize as condições consideradas necessárias e suficientes para que uma decisão judicial seja considerada como justificada. MM contém as seguintes regras:⁴⁹²

- 1) regra geral (RG): se um indivíduo é acusado de transgredir ou violar uma norma substantiva, o juiz deve cumprir com as exigências das regras processuais e deve ditar uma sentença elaborada de acordo com as regras da sentença;
- 2) regras processuais (RP): o juiz deve iniciar o processo caso tenha competência conforme Rp1, deve formular, em sendo o caso, juízo de imputação (em relação ao litigante) conforme Rp2 e deve receber (ou admitir) a prova conforme Rp3;
- 2.1) Rp1: um juiz é competente se, e somente se, [...];

⁴⁹² BRIGIDO, Rodrigo Sánchez; SELEME, Hugo Omar. *Justificación sin verdad. Análisi e Diritto*, Giapichelli, Genova, 2002. p. 287.

2.2) Rp2: um indivíduo é imputável (no sentido de que em relação a ele pode ser formulado juízo de imputação em virtude de violação de norma substantiva) se, e somente se, [...];

2.3) Rp3: as provas são admissíveis se, e somente se, [...];

2.4) regras da sentença (RS): a sentença deve conter premissas que satisfaçam as condições mencionadas em RS1;

2.5) RS1: uma norma individual derivável por *modus ponens* de uma norma geral (premissa normativa) que seja juridicamente correta conforme RS2, e de uma premissa fática que seja juridicamente correta de acordo com RS3;⁴⁹³

2.6) RS2: a premissa normativa é correta se, e somente se, na hipótese de preenchimento das seguintes condições: [...] (especificáveis a partir da condição geral de que as premissas normativas corretas são aquelas cujas normas que as embasam são consideradas válidas segundo a regra de reconhecimento do sistema jurídico);

2.7) RS3: a premissa fática é correta se, e somente se, o acusado de violar determinada norma substantiva é imputado de acordo com Rp2, por um juiz competente de acordo com Rp1, e se a partir das provas incorporadas ao processo de acordo com Rp3 decorre conclusão no sentido da realização da conduta, por parte do litigante, prevista na norma geral.

As regras simplificadas de MM tentam reconstruir, tendo em vista a questão atinente à operacionalidade das normas na dimensão empírica,⁴⁹⁴ a prática judicial, como prática de aplicação de normas jurídicas que consiste na utilização de normas de acordo com o modo estabelecido por outras normas. Assim, MM oferece uma definição operacional da noção de aplicação judicial de normas jurídicas: se um juiz atua à luz do modelo em questão dá-se a aplicação da norma jurídica que ele pretendia aplicar em determinado caso. A reconstrução mencionada diz respeito a um fato institucional complexo: ou seja, de acordo a uma regra constitutiva complexa (“X vale como Y no contexto C na comunidade jurídica CJ”), a preferência (ato linguístico) de determinadas palavras (simbólicas em determinado contexto)

⁴⁹³ Um argumento construído segundo o modelo MM, em que as premissas e as conclusões vinculam-se mediante *modus ponens*, é um argumento constituído por uma sequência de fórmulas bem formadas (A1...An-1,...A (n(1), em que A1,..., An-1 são as premissas e An a conclusão), que satisfaz a seguinte definição de derivação lógica: A1,..., An-1, An é válido em L no caso de que An seja derivável de A1,..., An-1, e os axiomas de L mediante as regras de inferência de L. Importa destacar que, segundo MM, nem toda norma individual obtida por implicação de determinada norma geral é admitida como resultado juridicamente correto da aplicação desta última; MM somente admite normas individuais obtidas de normas gerais por aplicação do *modus ponens*.

⁴⁹⁴ As normas gerais não permitem ou exigem atos particulares e sim classe de atos, particularidade que torna imprescindível um mecanismo que possibilite a derivação de consequência(s) normativa(s) de determinada(s) norma(s) geral(is) levada(s) em consideração.

ou determinados verbos (declarar, constituir, condenar, mandar e executar), dada certas condições, equivale à emissão de uma norma individual (tutela declaratória, tutela constitutiva, tutela condenatória, tutela mandamental e tutela executiva) - que compreende uma série de consequências -, norma esta veiculada na decisão judicial, e que pode ser considerada justificada. Entre tais condições inclui-se a de que a premissa utilizada na preferência derive-se sintaticamente de outras premissas, e que as proposições expressas por tais premissas estejam justificadas de acordo com outras normas. O modelo MM, em suma, corresponde a um ideal reconstrutivo de uma prática em que os atores recorrem a normas e critérios considerados aceitáveis em uma comunidade epistêmica para fins de aproximação, no máximo possível, à verdade, em consonância com o que foi delineado a respeito do modelo de conhecimento judicial de fatos (Capítulo 4, 4.1), bem como a respeito da relação entre inferência jurídica e erro judicial (Capítulo 6, 6.3). A noção de aplicação de normas que exige a busca da verdade corresponde, portanto, a um ideal regulativo, que aspira a que, ante a realização do(s) fato(s) previsto(s) em determinada(s) norma(s), deriva(m)-se a(s) consequência(s) jurídica(s) estatuída(s) em tal(is) norma(s). Por ser a exigência de verdade um ideal regulativo é que ela não se consubstancia como condição necessária à justificação (a norma individual pode estar justificada sem que sua premissa fática seja verdadeira, por exemplo); essa é a forma pela qual se dá a relação instrumental entre justificação e verdade. Nesse sentido, se a tutela jurisdicional identifica-se com o resultado da atividade desenvolvida pelos órgãos estatais que exercem a jurisdição (visando à proteção do patrimônio jurídico *lato sensu*), e se tal resultado diz respeito à relação entre o plano material e o plano processual, conclui-se que a exigência de verdade como ideal regulativo mostra-se essencial à compreensão do conceito de tutela jurisdicional.

Nesse contexto, as relações de justificação da decisão-ato e de justificação da decisão-norma-resultado (norma individual) são distintas: um ato está justificado se ele guarda uma relação de cumprimento com determinada norma; uma norma individual, por seu turno, está justificada se ela guarda (ao menos como uma condição mínima) uma relação de derivação com determinada norma geral. Outrossim, os membros das relações são distintos: no caso da decisão-ato, o contradomínio integra-se por atos; no caso da decisão-norma individual, o contradomínio integra-se por normas individuais. O domínio, por outro lado, integra-se por normas, tanto em relação à justificação da decisão-ato quanto em relação à justificação da decisão-norma individual, mas tais normas - componentes do domínio de justificação - não têm os mesmos destinatários: a normas que justifica o ato de emitir uma sentença dirige-se ao juiz, que emite uma norma individual. Esta norma individual não pode estar justificada com

base na mesma norma que justifica o ato do juiz, uma vez que de uma norma dirigida ao juiz não há como derivar uma norma (individual) dirigida aos litigantes (e/ou aos órgãos de execução).

A particularidade apontada relaciona-se com a questão atinente aos atos processuais anteriores à emissão da sentença, como o recebimento da petição que veicula a demanda, a admissão de provas, etc.: dado que tais atos justificam-se em normas que, ainda que dirigidas ao julgador, se referem a condutas distintas daquela correspondente ao ato de emitir a sentença, pode ocorrer que a relação de cumprimento (com determinadas normas) encontre-se satisfeita a respeito dos atos processuais, mas não a respeito do ato de emitir a sentença, assim como pode ocorrer a satisfação da relação de cumprimento normativo do ato de emitir a sentença, mas não a satisfação da relação de cumprimento normativo dos atos processuais anteriores. Isso mostra que, no âmbito da prática judicial, a justificação de atos processuais anteriores ao ato de decidir, a justificação do ato de decidir (emitir a sentença) e a justificação da norma individual podem ser analisadas de forma independente; sem embargo, elas se encontram vinculadas na experiência jurídico-processual.

O modelo MM intenta solucionar a questão atinente à divergência entre a justificação do ato de decidir e justificação do conteúdo da decisão, solução que consiste em reconstruir a norma que justifica o ato como fazendo referência à justificação do seu conteúdo (resultado do ato). Assim, se a norma é entendida como prescrevendo o ato de emitir uma sentença justificada, não pode dar-se o caso em que o ato encontre-se juridicamente justificado e a norma individual (resultado ou conteúdo do ato) não se encontre justificada. A solução adotada em MM é no sentido de que a regra geral que justifica o ato de ditar a sentença dispõe que esta deve ser elaborada de acordo com as regras da sentença; por sua vez, se a sentença satisfaz tais regras (RS, que por sua vez fazem alusão a RS1, RS2 e RS3), a norma individual que ela veicula encontra-se justificada de acordo com MM. Por outro lado, o fato de que a norma que justifique o ato prescreva a emissão de uma sentença cujo conteúdo seja uma norma individual justificada não soluciona a divergência que pode ocorrer na hipótese de que os atos processuais (anteriores à sentença) não estejam justificados, e que o ato de decidir (bem como seu conteúdo, a norma individual), por seu turno, esteja justificado. Em relação a isso, a solução adotada em MM consiste em vincular a justificação dos atos processuais com a justificação da norma individual (conteúdo da sentença), de modo que não possa dar-se o caso de que o ato de decidir (bem como a norma individual correspondente) esteja justificado e os atos processuais prévios não estejam justificados. Assim, se uma das condições para que a

norma individual esteja justificada é a realização de atos processuais justificados, não poderá dar-se o caso de justificação da norma individual sem justificação dos atos processuais.⁴⁹⁵

Trata-se, em verdade, de uma maneira de compreender a relação de justificação entre a norma individual (conteúdo da decisão judicial) e a norma geral, de modo que esta relação não pode ser satisfeita sem a realização de prévios atos processuais justificados, ou seja, atos a partir dos quais se configura uma relação de cumprimento com determinada(s) norma(s) processual(is): é a relação de justificação expressa em MM. A norma individual somente se encontra justificada em caso de derivação por *modus ponens* de uma norma geral hipotética e de uma premissa fática correta, e tal premissa apresenta este caráter em caso de realização de determinados atos processuais justificados. Assim, de acordo com MM, a premissa fática somente se mostrará correta se, entre outras condições, as provas forem admitidas ou incorporadas no processo conforme a regra processual Rp3, ou seja, se o ato processual de admitir ou incorporar determinada prova no processo estiver juridicamente justificado. Nesses moldes, segundo MM, a correção da premissa fática não pode ser considerada de modo independente da realização dos atos processuais justificados; por isso que o valor de verdade da premissa mencionada não é o único fator relevante para fins de justificação da norma individual (conteúdo da decisão judicial), e tal particularidade caracteriza a relação entre justificação e verdade. A premissa fática é correta somente em caso de realização de determinados atos processuais justificados: MM intenta, deste modo, oferecer uma solução no sentido de que não pode dar-se o caso em que os atos processuais prévios não estejam justificados e o ato de decidir - assim como a norma individual conteúdo da decisão - por sua vez, esteja justificado.

A divergência entre a justificação de atos e a justificação de normas (resultados dos atos) é independente do valor que se considere necessário atribuir às premissas do argumento justificatório: para evitar tal divergência, a reconstrução promovida pelo modelo é no sentido de que norma que justifica os atos deve fazer referência a resultados (normas individuais) justificados. A divergência entre a justificação de atos e de resultados e a justificação de atos processuais prévios é evitada por meio de uma reconstrução no sentido de que a relação de justificação de normas individuais deve incluir a exigência de vinculação entre resultados (conteúdos normativos) e atos processuais justificados.⁴⁹⁶

Neste sentido, aliás, é o modelo delineado por Jerzy Wróblewski: a aplicação judicial do direito é modelada conforme um conjunto de decisões fracionadas justificadas que

⁴⁹⁵ BRIGIDO; SELEME, 2002, p. 293.

⁴⁹⁶ BRIGIDO; SELEME, 2002, p. 294.

justificam a decisão judicial final; cada uma das decisões fracionadas pode ser analisada do ponto de vista de suas respectivas justificações, que em conjunto consubstancia uma condição de racionalidade da decisão judicial final.⁴⁹⁷ Wróblewski, assim, assinala seis elementos constitutivos do modelo de aplicação judicial do direito designado como “modelo decisório-substantivo”: (1) a determinação da validade e da aplicabilidade das normas relevantes de direito substantivo; (2) a determinação do significado de tais normas no grau de precisão suficiente para fins de utilização (aplicação) no caso a decidir; (3) a aceitação dos enunciados fáticos como provados, e a descrição de tais fatos na linguagem das normas de direito substantivos aplicadas; (4) a subsunção dos enunciados fáticos no âmbito das normas de direito substantivo aplicáveis; (5) a determinação, conforme as normas aplicadas, das consequências jurídicas decorrentes dos enunciados fáticos provados; (6) a formulação da decisão final da aplicação judicial do direito. A decisão final (elemento 6) consiste na determinação vinculante das consequências jurídicas decorrentes dos enunciados fáticos provados: o conteúdo de tal decisão corresponde ao conteúdo do elemento 5; entretanto, a decisão final justifica-se a partir de todas as decisões fracionadas, incluindo a decisão concernente à escolha das consequências jurídicas.⁴⁹⁸

No âmbito do modelo de Wróblewski de aplicação judicial do direito inclui-se a justificação da interpretação operativa - elemento (2) -, que pode ser sintetizada na fórmula: “a norma N tem o significado M na linguagem jurídica LJ e/ou na situação S de acordo com as diretivas interpretativas de primeiro nível DI11, DI12,..., DI1n (especialmente diretivas linguísticas - contexto da linguagem em que se formula a norma - e sistemáticas - contexto do subsistema a que pertence a norma em questão, além das diretivas funcionais, relacionadas ao contexto social de promulgação e de aplicação da norma), com as diretivas interpretativas de segundo nível DI21, DI22,..., DI2n (direcionadas à solução entre resultados díspares decorrentes da utilização das diretivas de primeiro nível), e conforme as valorações V1, V2,... Vn”. A racionalização da interpretação operativa é uma função da conjunção de uma premissa epistêmica e de uma premissa axiológica: a primeira diz respeito ao conhecimento a respeito da formulação normativa objeto de interpretação, das consequências decorrentes de sua

⁴⁹⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The judicial application of law*. Kluwer: Dordrecht, 2010, p. 28.

⁴⁹⁸ WRÓBLEWSKI, 2010, p. 32. A partir dos elementos indicados, Wróblewski assinala os objetos de controle das decisões pelas instâncias judiciais superiores: (a) a observância das normas de direito substantivo, ou seja, a aplicação das normas válidas, aplicáveis e apropriadamente interpretadas; (b) a observância das normas processuais válidas; (c) a justificação da decisão probatória, especialmente a explanação coerente das circunstâncias relevantes do caso, a aceitação acerca da determinação dos enunciados fáticos provados de forma coerente com a prova admitida no processo; (d) a apropriada escolha das consequências jurídicas dos enunciados fáticos provados; (e) controle da correção do raciocínio decisório à luz da análise crítica de sua justificação.

aplicação e dos fatores condicionantes de sua adscrição de significado; a segunda diz com os valores subjacentes à interpretação operativa. A decisão fracionada concernente à interpretação operativa justifica-se à luz de argumentos embasados nessas duas premissas; a decisão interpretativa é racionalizável na medida em que ela é justificável por referência às diretivas interpretativas de primeiro e de segundo nível, aceitas na comunidade jurídica, bem como por referência aos valores pressupostos na escolha e no uso de tais diretivas. O enunciado “a norma N tem o significado M” pode ser verdadeiro ou falso em uma linguagem relativizada às diretivas interpretativas e aos valores subjacentes à interpretação operativa; entretanto, na condição de decisão fracionada, a decisão concernente à interpretação operativa exige justificação, não sendo valorável do ponto de vista de sua verdade ou falsidade (enquanto decisão, frise-se, e não na condição de enunciado que confere suporte à decisão, enunciado este que preenche as condições de descritividade).

O elemento (3), por seu turno, pode ser sintetizado na fórmula: “o fato f (designado por f na linguagem L_f) encontra-se incluído no escopo da variável F na linguagem LF, linguagem concernente à norma N: F tem as consequências jurídicas CL1, CL2,... CLn”.⁴⁹⁹ O “fato f (designado por f na linguagem L_f)”, a rigor, significa: “o enunciado ‘o fato f existe em ST (determinada dimensão espaço-temporal)’ resta comprovado”. A variável F corresponde à determinada descrição contida no suporte fático de uma norma, assim como as consequências jurídicas CL1, CL2,...CLn dizem respeito às soluções normativas (preceitos) da norma em questão. O enunciado “o fato f existe em ST” pode ser comprovado por meio da aceitação de outros enunciados - enunciados probatórios - e por meio de determinadas regras de inferência que funcionam como diretivas probatórias⁵⁰⁰ (a decisão judicial justifica-se incluindo a referência às provas, referência que pode ser sintetizada como “o enunciado fático do caso c está justificado de acordo com os enunciados probatórios EP1, EP2,... EPn e com as diretivas probatórias DP1, DP2,... DPn”). Assim, tem-se a fórmula: “o enunciado ‘o fato f existe em ST’ resta comprovado de acordo com os enunciados probatórios EP1, EP2,..., EPn, e com as diretivas probatórias DP1, DP2,... DPn”. À luz do exposto, a expressão “ x é um fato do caso c ” significa: “ x , designado pelo nome descritivo f na linguagem L_f , encontra-se incluído no escopo da variável F na linguagem LF, linguagem em que se encontra formulada a norma N aplicável ao caso, e x é objeto de referência por meio de um enunciado (referência equivalente

⁴⁹⁹ A expressão “fato”, no discurso jurídico, pode significar (sem pretensão de exaustividade): (a) o fato f é regulado na norma N; (b) o fato f restou comprovado; (c) o fato f é relevante ao caso genérico C ou ao caso concreto c .

⁵⁰⁰ Sobre enunciados probatórios, vide Capítulo 4, 4.1. Os enunciados probatórios conectam-se de modo tal que o enunciado consecutivo é inferido do enunciado precedente de acordo com as diretivas probatórias.

à existência de x), enunciado este comprovado, à luz de enunciados probatórios e de diretivas probatórias, em um determinado processo de aplicação judicial do direito”. A partir da especificação deste significado, pode-se delinear a fórmula concernente à justificação da decisão probatória: “o enunciado fático do caso c alude a um fato tido por existente em ST com base nos enunciados probatórios EP1, EP2,... EPn, formulados de acordo com as diretivas probatórias empíricas DPE1, DPE2,... DPEn e/ou de acordo com as diretivas probatórias jurídicas DPJ1, DPJ2,... DPJn, e/ou conforme as valorações V1, V2,..., Vn”.⁵⁰¹

Quanto ao elemento (5), a determinação das consequências jurídicas reporta-se às diretivas de escolha de consequências jurídicas, quando existirem tais diretivas, que podem ser assim sintetizadas: “se o fato do caso c apresentar as propriedades P1, P2,... Pn, a consequência jurídica correlata C j_k deve ser escolhida dentre as consequências jurídicas CJ1, CJ2,... CJn, constantes do preceito da norma N”. De seu turno, o esquema decisório apresenta a seguinte fórmula: “(a) o fato f tem a consequência CL k ; (b) o fato de caso c existe em ST; (c) o fato do caso c tem a consequência CL k ”. Por sua vez, o esquema silogístico da determinação das consequências apresenta a seguinte fórmula: “(d) se o fato do caso c apresenta as propriedades P1, P2,... Pn, a consequência jurídica correlata CL k , dentre as consequências jurídicas CJ1, CJ2,... CJn, deve ser escolhida; (e) o fato do caso c apresenta a propriedade P k ; (e) o fato do caso c tem a consequência CL k ”. O esquema completo, então, sintetiza-se na fórmula: “(a) a norma N é válida e tem o significado M; (b) o fato do caso c existe em ST; (c) o fato do caso c tem as consequências CJ1, CJ2,... CJn; (d) se o fato do caso c apresenta as propriedades P1, P2,... Pn, a consequência jurídica correlata CL k , dentre as consequências jurídicas CJ1, CJ2,... CJn, deve ser escolhida; (e) o fato do caso c apresenta a propriedade P k ; (f) o fato do caso c tem a consequência CL k ”. Conforme anteriormente assinalado, do ponto de vista analítico a decisão acerca da determinação das consequências jurídicas diferencia-se da decisão judicial final; o conteúdo de ambas, porém, é o mesmo, uma vez que a decisão final determina as consequências jurídicas decorrentes dos enunciados fáticos provados do caso. A decisão final justifica-se pelas decisões fracionadas (a concernente à validade da norma, à interpretação, às provas e à determinação das consequências), que se encontram correlacionadas pelos procedimentos institucionais

⁵⁰¹ WRÓBLEWSKI, 2010, p. 182. Wróblewski identifica quatro tipos de diretivas probatórias jurídicas: (a) diretivas contra-empíricas, que concernem aos fatos que não existem segundo os parâmetros aceitos pelas ciências empíricas; (b) diretivas para-empíricas, que se fundam em regularidades empíricas; (c) diretivas axiológicas, concernentes aos valores que justificam determinadas cargas de prova (como a carga que resulta da presunção de inocência no âmbito criminal); e (d) diretivas não-empíricas, que, para a concretização de certos fins jurídicos, determinam as consequências jurídicas de fatos cuja ocorrência se presume em relação à determina dimensão espaço-temporal.

atinentes ao controle de correção da decisão final, além de correlacionadas por determinadas diretivas gerais de aplicação das normas, diretivas interpretativas, diretivas probatórias e diretivas de escolha das consequências jurídicas.

Nesse contexto, a justificação da decisão final pode ser vista conforme a formulação canônica da conjunção das decisões fracionadas: (1) a norma *N* é válida no sistema jurídico *SJ* nas dimensões espaço-temporais *ST*, conforme a regra de reconhecimento *RR*; (2) a norma *N* tem o significado *M* na linguagem *LJ* e/ou na situação *S* de acordo com as diretivas interpretativas de primeiro nível *DI12*, *DI12*,... *DI1n*, as diretivas interpretativas de segundo nível *DI21*, *DI22*,..., *DI2n*, e as valorações *VI1*, *VI2*,... *VI_n*; (3) o fato do caso *c* existe em *ST* conforme os enunciados probatórios *EP1*, *EP2*,... *EP_n*, de acordo com as diretivas probatórias empíricas *DPE1*, *DPE2*,... *DPE_n* e/ou as diretivas probatórias jurídicas *DPJ1*, *DPJ2*,... *DPJ_n* e/ou as valorações *VP1*, *VP2*,... *VP_n*; (4) o fato do caso *c* apresenta as propriedades *P1*, *P2*,... *P_n* e tem a consequência jurídica *CJk*, de acordo com a norma *N* aplicada e as diretivas de escolha de consequências jurídicas *DEC1*, *DEC2*,... *DEC_n* e/ou as valorações *VC1*, *VC2*,... *VC_n*; (5) o fato de caso *c* tem a consequência *CLk*. O conteúdo da decisão judicial final (“o fato do caso *c* tem a consequência jurídica *CLk*”) configura uma norma individual (particular ou concreta), norma esta que corresponde ao resultado da atividade exercida pelo órgão judicial - a tutela jurisdicional, portanto - e, desse modo, a justificação da decisão final corresponde à justificação da norma individual (expressa pela decisão). A validade da norma individual depende das normas processuais (particularidade destacada pelo modelo simplificado *MM*, supra delineado) e, em virtude do seu caráter normativo, mostra-se vinculante aos seus destinatários, sintetizável sob a fórmula “o destinatário *A* deve realizar o comportamento *B*”. A validade aludida coloca-se nos seguintes termos: (a) a decisão deve ser proferida pelo órgão judicial competente de acordo com as normas válidas de competência; (b) a decisão deve ser proferida de acordo com as normas processuais válidas; e (c) a decisão deve corresponder à correta aplicação das normas substantivas válidas e aplicáveis. À luz de tais critérios, a validade das normas mencionadas “transmite-se” à validade da decisão judicial final.⁵⁰²

⁵⁰² WRÓBLEWSKI, 2010, p. 206. A “transmissão” aludida diz respeito à utilização de regras de inferência para fins de derivação da validade de determinadas normas (como premissas decisórias) e, com base nos enunciados existenciais a respeito do fato do caso, para fins de emissão do juízo concernente ao conteúdo conclusivo veiculado na decisão, possibilitando que tal decisão seja considerada válida. O esquema estrutural apresentado no texto, portanto, não apenas modela a justificação da decisão final, mas também representa a estrutura de “transmissão” da validade de normas (gerais) para a validade de normas individuais (veiculadas pelas decisões judiciais). Assim, se uma norma válida é a premissa de uma inferência, a conclusão corresponde a uma norma válida no sistema jurídico (critério de dedução lógica de pertinência, Capítulo 5, 5.2); se uma norma válida e um

A partir dessa modelagem analítica exsurge a distinção entre racionalidade interna e racionalidade externa da decisão judicial: a decisão é internamente racional se, de acordo com as regras de raciocínio justificatório, o conteúdo veiculado pela decisão decorre - com base nas regras de inferência utilizadas no raciocínio - das premissas epistêmicas e axiológicas (conforme determinado marco axiológico aceito pelo julgador, marco que, pode-se dizer, subjaz ao exercício da função jurisdicional). As premissas epistêmicas e axiológicas podem ser valoradas de um ponto de vista externo: o conhecimento do julgador pode ser questionado, as valorações rejeitadas e o raciocínio ser considerado equivocado; a decisão, assim, pode ser internamente racional e externamente não-racional, caso preencha as condições de racionalidade interna, mas não preencha as condições de racionalidade externa.⁵⁰³ O conhecimento que forma a premissa da decisão judicial concerne às normas jurídicas (substantivas e processuais, regra de reconhecimento, diretivas interpretativas, diretivas probatórias e diretivas de escolha de consequências jurídicas) e aos fatos. A racionalidade da atividade judicial está em função dos significados a partir dos quais os julgadores compreendem as normas jurídicas utilizadas para fins decisórios. O conhecimento concernente a fatos inclui os fatos empíricos relevantes para a decisão judicial, ou seja, os fatos do caso e outros fatos referidos nos enunciados probatórios utilizados para a comprovação dos enunciados existenciais (de fatos). Tal conhecimento, ainda, diz respeito às regularidades empíricas utilizadas como base para as diretivas probatórias empíricas e, ainda, ao conhecimento relacionado às prognoses acerca de consequências jurídicas e/ou fático-sociais da decisão (prognoses tratadas como fatores relevantes para a adequação da solução jurídica veiculada na decisão).

Conforme o exposto, em uma decisão internamente racional a conclusão (“o fato do caso *c* tem a consequência jurídica *CLk*”) consubstancia uma derivação inferencial das premissas (1)-(4) - com base em regras de inferência -, consoante a formulação canônica da conjunção das decisões fracionadas atinente à justificação da decisão final. A racionalidade interna, portanto, diz respeito à consistência entre premissas e entre as premissas e a conclusão, conforme as regras do raciocínio justificatório utilizadas pelo julgador; não diz respeito, assim, com as propriedades ou características das premissas (em si mesmas consideradas). O ponto de vista da racionalidade externa diz respeito aos fundamentos de aceitação das premissas decisórias; segundo Wróblewski, o ponto de vista externo associa-se

enunciado fático-existencial combinam-se como premissas, a regra de inferência mostra-se necessária à formulação de uma decisão válida.

ao controle da decisão e leva em consideração, ao menos, os seguintes fatores: (a) a observância das normas do direito material: a premissa decisória relacionada às normas substantivas depende da correção quanto à determinação da validade e da aplicabilidade da norma, bem como quanto às diretivas interpretativas de primeiro e de segundo nível; (b) observância das normas que constituem a base processual da competência decisória; (c) controle concernente aos erros na determinação fática (ou erros na formulação de enunciados fáticos e/ou probatórios, à luz das diretivas probatórias); e (d) controle concernente à escolha das consequências jurídicas, à luz das diretivas de escolhas de consequências jurídicas.⁵⁰⁴ Nesse sentido, a autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional inclui tanto a racionalidade interna quanto a racionalidade externa.

Nesse contexto, José López Hernández assinala as “cinco teses” que o julgador deve provar para fins de justificar a decisão final. Das cinco teses, as quatro primeiras dizem respeito à racionalidade externa e a última diz com a racionalidade interna. São as teses:⁵⁰⁵

- (1) a norma aplicada é uma norma jurídica válida;
- (2) a norma em questão é uma norma primária (ou norma substantiva);
- (3) tal norma dispõe, v. g., que “se X compra um bem, então X deve pagar o preço ao vendedor Y”;
- (4) o enunciado “Caio compra W de Tício por 100 reais” é verdadeiro;
- (5) o enunciado (particular) que dispõe “se Caio compra W de Tício por 100 reais, então Caio deve pagar 100 reais a Tício” consiste em uma concreção da norma geral “se X compra um bem, então X deve pagar o preço ao vendedor Y”.

Se o julgador demonstra essas cinco teses, então estará justificada a decisão final no sentido de que “Caio deve pagar 100 reais a Tício”. Por conseguinte, o julgador pode afirmar “a decisão ‘Caio deve pagar 100 reais a Tício’ é materialmente correta”, sendo este um enunciado justificatória. No ponto, importa destacar que tal esquema diz com as decisões que aplicam as normas cujos destinatários são os cidadãos em geral (normas do plano material); sem embargo, para justificar as decisões que aplicam normas cujos destinatários são os juízes (normas do plano processual), cumpre realizar acréscimos em duas das teses mencionadas. A

⁵⁰⁴ WRÓBLEWSKI, 2010, p. 252. A decisão é correta, do ponto de vista da racionalidade externa, se as premissas decisórias e o raciocínio justificatório são - considerados em si mesmos - justificados. Wróblewski destaca, acertadamente, que a correção da justificação é uma condição necessária da racionalidade decisória, mas não é o único valor (a ser) implementado pela decisão judicial.

⁵⁰⁵ HERNÁNDEZ, José López. *Lenguaje, normas y sistema jurídico*. Madrid: Tecnos, 2012. p. 287. “Estas cinco tesis se llaman, respectivamente: tesis ontológica, filosófico-lingüística, interpretativa, fáctico-jurídica y sintáctica. Como se ve, la primera justifica la existencia y validez de la norma aplicada; la segunda analiza el tipo de norma que es; la tercera interpreta el contenido de la norma; la cuarta prueba los hechos subsumidos en la norma y la quinta extrae la conclusión que se concreta en el fallo”. *Ibidem*, p. 288.

segunda tese deve dizer: “[2’] a norma em questão é uma norma secundária (ou norma processual)”; e à quinta tese, de sua vez, deve ser acrescentado que “[5’]...e o enunciado ‘o juiz deve ditar uma decisão que condene Caio ao pagamento de 100 reais a Tício’ se refere à decisão ‘devo condenar e condeno Caio ao pagamento de 100 reais a Tício’.

11.2 TUTELA JURISDICIONAL E DIMENSÃO ILOCUCIONÁRIA DA ENUNCIÇÃO NORMATIVA

Dentro do universo dos atos linguísticos (ou atos-de-fala) existem aqueles que pressupõem uma instituição extralinguística e, em geral, uma especial posição do emitente (da fala) e do receptor (ouvinte-destinatário), no âmbito da instituição em questão, para a atuação com “sucesso” do ato linguístico. Tais atos linguísticos, assim, distinguem-se daqueles em que apenas as regras de linguagem precisam ser observadas. A ordem jurídica corresponde a uma instituição extralinguística, cujas normas constitutivas dela componentes fornecem os requisitos para que da *performance* dos atos linguísticos irradiem-se os efeitos jurídicos (previstos no sistema), à luz da relação entre os resultados da atividade humana e a atribuição de validade jurídica aos atos linguísticos a partir dos quais tal atividade se expressa. Os atos linguísticos representam a confluência de, basicamente, quatro atos: (a) atos de proferência (de palavras); (b) atos de referir e predicar (atos proposicionais ou locucionários, que veiculam um conteúdo proposicional: atos de dizer algo); (c) atos ilocucionários (atos de, por exemplo, questionar, comandar, prometer, desejar, etc.: verbos que representam a “força ilocucionária”; ou seja: são os atos realizados ao dizer-se algo); e (d) atos perlocucionários (atos de influenciar, convencer ou persuadir ouvintes-destinatários da fala).⁵⁰⁶

A força ilocucionária dos atos linguísticos reconduz-se a cinco “pontos ilocucionários”: (1) ponto assertivo; (2) ponto compromissório; (3) ponto diretivo; (4) ponto declarativo; e (5) ponto expressivo. Assim, em relação a uma proposição P, o emitente da fala: (a) manifesta o ponto ilocucionário assertivo se, e somente se, ele representa o estado de coisas, que conforma o conteúdo de P, como real; (b) manifesta o ponto ilocucionário compromissório se, e somente se, ele se compromete a realizar o curso de ação representado

⁵⁰⁶ Sobre o ponto, ALSTON, William. *Illocutionary acts and sentence meaning*. Ithaca: Cornell University Press, 2000. A obra pioneira na matéria é AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. Cambridge: Harvard University Press, 1962.

por P; (c) manifesta o ponto ilocucionário diretivo se, e somente se, ele intenta fazer com que o ouvinte-destinatário realize o curso de ação representado por P; (d) manifesta o ponto ilocucionário declarativo se, e somente se, ele causa o resultado representado pelo estado de coisas que conforma o conteúdo de P; e (e) manifesta o ponto ilocucionário expressivo se, e somente se, ele expressa sua atitude em relação o estado de coisas que conforma o conteúdo de P. Desse modo: uma norma constitui um ato linguístico assertivo se o conteúdo proposicional da realização bem sucedida do ato representa determinado estado de coisas; uma norma constitui um ato linguístico compromissório se o conteúdo proposicional da realização bem sucedida do ato corresponde ao comprometimento do emitente da fala em realizar determinado curso de ação; uma norma constitui um ato linguístico diretivo se o conteúdo proposicional da realização bem sucedida do ato corresponde ao intento de fazer com que o ouvinte-destinatário realize determinado curso de ação; uma norma constitui um ato linguístico declarativo se o conteúdo proposicional da realização bem sucedida do ato corresponde a determinado estado de coisas; uma norma constitui um ato linguístico expressivo se o conteúdo proposicional da realização bem sucedida do ato corresponde à determinada expressão de atitude.

De outro lado, os atos linguísticos podem ser vistos à luz da “direção de ajuste” entre palavra e mundo. Quatro são as direções de ajuste: (1) palavra-mundo: o conteúdo proposicional da realização de determinado ato linguístico apresenta “sucesso de ajuste” caso ele corresponda ao mundo, ou seja, seja verdadeiro; (2) mundo-palavra: o conteúdo proposicional da realização de determinado ato linguístico apresenta “sucesso de ajuste” caso o “mundo se altere” para corresponder ao conteúdo proposicional em questão; (3) duplo ajuste: o conteúdo proposicional da realização de determinado ato linguístico apresenta “sucesso de ajuste” caso o “mundo se altere” para corresponder ao conteúdo proposicional em virtude da “apresentação” do mundo (pelo conteúdo proposicional em questão) como alterado; (4) ajuste “nulo ou vazio”: o conteúdo proposicional da realização de determinado ato linguístico não apresenta “sucesso de ajuste” (o conteúdo proposicional não se apresenta diretamente relacionado com o mundo). Da direção de ajuste decorre a seguinte discriminação: uma norma constitui um ato linguístico assertivo se o “sucesso de ajuste” a respeito do conteúdo proposicional de sua realização bem sucedida consiste na verdade do conteúdo em questão (a realização bem sucedida de um ato assertivo corresponde à representação de um estado de coisas; a representação é verdadeira se o estado de coisas real é aquele representado); uma norma constitui um ato linguístico compromissório se o “sucesso de ajuste” a respeito do conteúdo proposicional de sua realização bem sucedida consiste na

circunstância de o conteúdo em questão “ser tornado” verdadeiro por aquele que realiza o ato (a realização bem sucedida de um ato compromissório corresponde ao compromisso do emitente da fala em realizar um curso de ação; o compromisso é mantido se o emitente realiza o curso de ação); uma norma constitui um ato linguístico diretivo se o “sucesso de ajuste” a respeito do conteúdo proposicional de sua realização bem sucedida consiste na circunstância de o conteúdo em questão “ser tornado” verdadeiro por outra(s) pessoa(s) que não aquele que realiza o ato (a realização bem sucedida de um ato diretivo corresponde ao intento de fazer com que o ouvinte-destinatário realize um curso de ação; o intento logra êxito se o ouvinte realiza o curso de ação); uma norma constitui um ato linguístico declarativo se o “sucesso de ajuste” a respeito do conteúdo proposicional de sua realização bem sucedida consiste na circunstância de o conteúdo em questão “tornar-se” verdadeiro em virtude da própria proferência linguística (a realização bem sucedida de um ato declarativo corresponde a determinado estado de coisas); uma norma constitui um ato linguístico expressivo se não há “sucesso de ajuste” a respeito do conteúdo proposicional de sua realização bem sucedida, uma vez que ele não se direciona diretamente ao mundo “exterior” à proferência linguística, e sim ao estado mental daquele que realiza o ato linguístico (a realização bem sucedida de um ato expressivo corresponde à expressão de atitude do emitente da fala a respeito de determinado estado de coisas).⁵⁰⁷

O “ponto ilocucionário declarativo” generaliza-se para todos os atos linguísticos que pressupõem uma instituição extralinguística: tais atos linguísticos baseiam-se em específicas normas pertencentes à instituição, normas cuja estrutura determina que as *performances* dos atos em questão tornam os conteúdos proposicionais destes em estados de coisas institucionais. Assim, o resultado da realização bem sucedida de um ato linguístico declarativo corresponde a um estado de coisas atinente à instituição extralinguística pressuposta, a partir da “apresentação” desse estado de coisas no plano da proferência linguística circunjacente à instituição em questão. A “apresentação” declarativa do estado de coisas, e não o estado de coisas “apresentado”, consubstancia um fato institucional resultante da realização bem sucedida do ato linguístico declarativo. A realização bem sucedida de um ato declarativo obtém um “automático sucesso de ajuste”, mas apenas como resultado da “apresentação” mencionada, e com base na pressuposição da instituição extralinguística. Entretanto, o “sucesso de ajuste” último é obtido apenas se o objeto da “apresentação” é reconhecido como tal no plano fático-social: a direção de ajuste, nessa dimensão ulterior, é na

⁵⁰⁷ RUITER, Dick W. P. *Institutional legal facts*. Dordrecht: Kluwer Academic, 1993, p. 52.

direção mundo-palavra, porquanto o propósito último do ato declarativo é no sentido de que no âmbito do plano circunjacente à instituição ocorra ou exista o reconhecimento (fático-social) do conteúdo proposicional exurgente da realização do ato linguístico. Nesses moldes, uma norma constitui um ato linguístico declarativo se no âmbito de determinada instituição extralinguística o conteúdo proposicional decorrente da realização bem sucedida do ato corresponde a um estado de coisas que consiste na “apresentação” de um estado de coisas; uma norma constitui um ato linguístico declarativo se no âmbito de determinada instituição extralinguística o “sucesso de ajuste” a respeito do conteúdo proposicional decorrente da realização bem sucedida do ato consiste na circunstância de o conteúdo em questão “tornar-se” verdadeiro em virtude da própria preferência linguística, enquanto no plano exterior à instituição em questão o “sucesso de ajuste” a respeito do conteúdo aludido consiste no seu reconhecimento ou aceitação generalizada (fático-socialmente); a realização bem sucedida de um ato declarativo corresponde a um estado de coisas institucional a partir da “apresentação” de um estado de coisas (direção de ajuste inicial dupla), e tal “apresentação” logra “êxito” em caso de reconhecimento generalizado (direção de ajuste última no sentido mundo-palavra). Nesses moldes, a realização bem sucedida de um ato declarativo rende ensejo à válida “apresentação” de um estado de coisas.⁵⁰⁸

A análise se aplica para toda e qualquer tutela jurisdicional: como se sabe, seja qual for a modalidade de tutela (constitutiva, condenatória, executiva ou mandamental) - além, obviamente, da tutela meramente declaratória -, sempre há declaração subjacente ao conteúdo - como enunciação normativa - decorrente do ato jurídico de proferir sentença; as tutelas constitutiva, condenatória, executiva ou mandamental acrescentam um *plus* que as distinguem umas das outras e as distinguem da tutela meramente declaratória. Mas, repise-se: a análise do ato jurídico de proferir sentença como ato linguístico que pressupõe uma instituição extralinguística (no mínimo, por evidente, a instituição judiciária) aplica-se, no tocante à sua dimensão como ato declarativo, a todas as modalidades de tutela. De outro lado, a análise explica porque as tutelas declaratória e constitutiva são “auto-satisfativas” (tutelas cujo comportamento esperado do vencido é passivo: respeitar o preceito):⁵⁰⁹ ambas as tutelas

⁵⁰⁸ “One of the most fascinating features of institutional facts is that a very larger number, though by no means all of them, can be created by explicit performative utterances. Performatives are members of the class of speech acts I call declarations. In declarations the state of affairs represented by the propositional content of the speech act is brought into existence by the successful performance of the very speech act. Institutional facts can be created with the performative utterance of such sentences as ‘the meeting is adjourned’, ‘I give and bequeath my entire fortune to my nephew’, ‘I appoint you chairman’, ‘war is hereby declared’, etc. These utterances create the very state of affairs that they represent; and in each case, the state of affairs is an institutional fact”. SEARLE, John. *The construction of social reality*. London: Penguin, 1995. p. 34.

⁵⁰⁹ OLIVEIRA, 2008, p. 142.

decorrem do ato jurídico de proferir sentença cujo estado de coisas institucional (respectivamente, a declaração de uma relação jurídico-contratual e a desconstituição de uma sociedade conjugal, por exemplo) representado pelo conteúdo proposicional do ato linguístico torna-se existente pela exitosa *performance* da própria proferência linguística em questão (o ato de proferir sentença). Em outras palavras: a proferência cria o estado de coisas institucional que seu conteúdo proposicional representa:⁵¹⁰ a realização bem sucedida do ato linguístico rende ensejo à válida “apresentação” de um estado de coisas institucional.

Os atos declarativos subdividem-se em atos declarativo-diretivos e atos declarativo-propositivos. A realização bem sucedida dos atos declarativo-diretivos corresponde a um estado de coisas institucional equivalente a uma válida “apresentação” do intento de fazer com que o ouvinte-destinatário realize determinado curso de ação no âmbito da instituição extralinguística pressuposta pela proferência linguística (direção de ajuste inicial dupla); a “apresentação” em questão logra “êxito” em caso de reconhecimento (fático-socialmente) generalizado (direção de ajuste intermediária no sentido mundo-palavra), além da realização, pelo(s) destinatário(s) do ato linguístico, do curso de ação (direção de ajuste última no sentido mundo-palavra). A realização bem sucedida dos atos declarativo-propositivos, de seu turno, corresponde a um estado de coisas institucional equivalente a uma válida “apresentação” do propósito do emitente do ato em realizar determinado curso de ação no âmbito da instituição extralinguística pressuposta pela proferência linguística (direção de ajuste inicial dupla); a “apresentação” em questão logra “êxito” em caso de reconhecimento (fático-socialmente)

⁵¹⁰ A assertiva não deve obscurecer a diferença existente entre uma tutela que declara algo preexistente (declaração de relação jurídica, por exemplo) e a constitutiva, que não se caracteriza por isso (como, por exemplo, na hipótese de desconstituição de um negócio jurídico). O que se afirma é que, mesmo a tutela declaratória, cria um estado de coisas institucional - a própria declaração -, que somente se torna existente a partir de sua “apresentação” promovida pela proferência do ato jurídico de sentenciar como ato linguístico; nesse sentido, toda tutela jurisdicional consubstancia um fato jurídico-institucional extralinguístico (porque pressupõe a existência de instituições). A respeito, aduz Ho Hock Lai: “the declaratory aspect of a judgment is not confined to a declaration of guilt or liability. In jurisdictions where declaratory judgments in the technical sense are available, a judgment may simply declare a person to be in possession of a legal right without further declaring, as the usual civil verdict does, that any other party has, on the facts, infringed that right. There is yet another class of judgments, known as constitutive judgments, which [...] given the satisfaction of certain conditions, brings forth a change in legal relationship or a fresh legal status. Thus a judgment may declare that the parties are no longer married or that a partnership is henceforth dissolved”. LAI, Ho Hock. *The philosophy of evidence law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 22. No tocante à tutela jurisdicional como fato jurídico-institucional extralinguístico, oportuna a seguinte lição do autor: “although the facts supporting the verdict are primary facts, the official status of guilty or liability, brought about when one is legally certified as guilty or liable, is an extra-linguistic institutional fact. Anyone can make a promise by simply drawing on the resources of language, and the new fact that is created, a promise, is a linguistic entity. On the other hand, not anyone can anyhow give a verdict. More than the institution of language is needed to do so. The fact that one is a convicted criminal is institutional in the sense that it cannot exist in the absence of certain institutional structures and roles (including courts, judges and juries), rules (of substantive and procedural law), and conventions (such as the practice of accepting judicial pronouncements as authoritative. It is against this necessary background that the uttering of certain words by a certain person in a certain manner and under certain circumstances can amount to giving a legal judgment”. Ibidem, p. 21.

generalizado (direção de ajuste intermediária no sentido mundo-palavra), além da realização, pelo emitente do ato, do curso de ação (direção de ajuste última no sentido mundo-palavra).

Quanto aos atos linguísticos compromissórios, uma norma constitui um ato dessa modalidade se no âmbito de determinada instituição extralinguística o conteúdo proposicional decorrente da realização bem sucedida do ato corresponde a um estado de coisas que consiste no comprometimento do emitente do ato em realizar determinado curso de ação; uma norma constitui um ato compromissório se no âmbito de determinada instituição extralinguística o “sucesso de ajuste” a respeito do conteúdo proposicional decorrente da realização bem sucedida do ato consiste na circunstância de o conteúdo em questão “tornar-se” verdadeiro em virtude da proferência linguística (generalização do “ponto ilocucionário declarativo”), enquanto no plano exterior à instituição em questão o “sucesso de ajuste” a respeito do conteúdo aludido consiste, primeiro, no seu reconhecimento generalizado e, segundo, na circunstância de o conteúdo em questão “ser tornado” verdadeiro por aquele que realiza o ato; a realização bem sucedida de um ato compromissório corresponde a um estado de coisas institucional a partir do comprometimento do emitente do ato (estado de coisas equivalente a uma válida “apresentação” de um comando para o emitente) em realizar certo curso de ação (direção de ajuste inicial dupla), e tal comprometimento (“apresentação” do comando) logra “êxito” em caso de reconhecimento (fático-socialmente) generalizado (direção de ajuste intermediária no sentido mundo-palavra), além da realização, pelo emitente do ato, do curso de ação em questão (direção de ajuste última no sentido mundo-palavra). Nesses moldes, a realização bem sucedida de um ato compromissório rende ensejo à válida “apresentação” de um comando para o emitente do ato realizar certo curso de ação.

Por sua vez, os atos linguísticos diretivos que pressupõem determinada instituição extralinguística para transformar o mero intento de fazer com que o ouvinte-destinatário realize certo curso de ação em comprometimento deste destinatário para tal fim podem ser chamados de atos linguísticos imperativos. Assim: uma norma constitui um ato linguístico imperativo se no âmbito de determinada instituição extralinguística o conteúdo proposicional decorrente da realização bem sucedida do ato corresponde a um estado de coisas que consiste no comprometimento do ouvinte-destinatário em realizar determinado curso de ação; uma norma constitui um ato imperativo se no âmbito de determinada instituição extralinguística o “sucesso de ajuste” a respeito do conteúdo proposicional decorrente da realização bem sucedida do ato consiste na circunstância de o conteúdo em questão “tornar-se” verdadeiro em virtude da proferência linguística (generalização do “ponto ilocucionário declarativo”), enquanto no plano exterior à instituição em questão o “sucesso de ajuste” a respeito do

conteúdo aludido consiste, primeiro, no seu reconhecimento generalizado e, segundo, na circunstância de o conteúdo em questão “ser tornado” verdadeiro pelo(s) destinatário(s) do ato; a realização bem sucedida de um ato imperativo corresponde a um estado de coisas institucional a partir do comprometimento do(s) destinatário(s) do ato linguístico (estado de coisas equivalente a uma válida “apresentação” de um comando para o destinatário) em realizar certo curso de ação (direção de ajuste inicial dupla), e tal comprometimento (“apresentação” do comando) logra “êxito” em caso de reconhecimento (fático-socialmente) generalizado (direção de ajuste intermediária no sentido mundo-palavra), além da realização, pelo(s) destinatário(s) do ato, do curso de ação em questão (direção de ajuste última no sentido mundo-palavra). Nesses moldes, a realização bem sucedida de um ato imperativo rende ensejo à válida “apresentação” de um comando para o destinatário realizar certo curso de ação (como na hipótese das tutelas jurisdicionais condenatória, mandamental e executiva, cujo comportamento esperado do vencido é ativo: pagar a dívida e cumprir a obrigação ou o dever).⁵¹¹

Os atos linguísticos assertivos, por seu turno, podem ser chamados de “declarativo-assertivos”, em virtude da generalização do “ponto ilocucionário declarativo”. Desse modo: uma norma constitui um ato linguístico declarativo-assertivo se no âmbito de determinada instituição extralinguística o conteúdo proposicional decorrente da realização bem sucedida do ato corresponde a um estado de coisas que consiste na representação de um estado de coisas; uma norma constitui um ato declarativo-assertivo se no âmbito de determinada instituição extralinguística o “sucesso de ajuste” a respeito do conteúdo proposicional decorrente da realização bem sucedida do ato consiste na circunstância de o conteúdo em questão “tornar-se” verdadeiro em virtude da proferência linguística (generalização do “ponto ilocucionário declarativo”), enquanto no plano exterior à instituição em questão o “sucesso de ajuste” a respeito do conteúdo aludido consiste, primeiro, no seu reconhecimento generalizado e, segundo, na circunstância de o conteúdo em questão ser verdadeiro; a realização bem sucedida de um ato declarativo-assertivo corresponde a um estado de coisas institucional a partir da representação de um estado de coisas (direção de ajuste inicial dupla), e tal representação logra “êxito” em caso de reconhecimento (fático-socialmente) generalizado (direção de ajuste intermediária no sentido mundo-palavra), e se o estado de coisas representado como existente for verdadeiro (direção de ajuste última no sentido palavra-mundo). Nesses moldes, a realização bem sucedida de um ato declarativo-assertivo rende

⁵¹¹ OLIVEIRA, 2008, p. 142.

ensejo à válida representação (e não apenas “apresentação”) de um estado de coisas institucional.

Por fim, os atos linguísticos expressivos podem ser chamados de “declarativo-expressivos”, em virtude da generalização do “ponto ilocucionário declarativo”. Dessa forma: uma norma constitui um ato linguístico declarativo-expressivo se no âmbito de determinada instituição extralinguística o conteúdo proposicional decorrente da realização bem sucedida do ato corresponde a um estado de coisas que consiste na “apresentação” de atitudes; uma norma constitui um ato declarativo-expressivo se no âmbito de determinada instituição extralinguística o “sucesso de ajuste” a respeito do conteúdo proposicional decorrente da realização bem sucedida do ato consiste na circunstância de o conteúdo em questão “tornar-se” verdadeiro em virtude da proferência linguística (generalização do “ponto ilocucionário declarativo”), enquanto no plano exterior à instituição em questão o “sucesso de ajuste” a respeito do conteúdo aludido consiste apenas no seu reconhecimento generalizado; a realização bem sucedida de um ato declarativo-expressivo corresponde a um estado de coisas institucional a partir da “apresentação” de uma atitude sobre determinado estado de coisas (direção de ajuste inicial dupla), e tal “apresentação” logra “êxito” em caso de reconhecimento (fático-socialmente) generalizado (direção de ajuste no sentido mundo-palavra). Nesses moldes, a realização bem sucedida de um ato declarativo-expressivo rende ensejo à válida “apresentação” de uma atitude sobre determinado estado de coisas.

Conforme já frisado, a análise ilocucionária dos atos linguísticos aplica-se aos atos jurídicos:⁵¹² os resultados das *performances* bem sucedidas dos atos jurídicos de qualquer modalidade podem ser compreendidos como “apresentações” juridicamente válidas no âmbito da ordem jurídico-institucional (o “ponto ilocucionário declarativo” generaliza-se para todas as modalidades de atos jurídicos como atos linguísticos).⁵¹³ Tais “apresentações” exercem “pressão” na realidade social para fins de conformação das condutas: elas direcionam a “pressão” socialmente generalizada para que os indivíduos - destinatários das normas

⁵¹² RUITER, 1993, p. 81. Nesse contexto, o ato jurídico pode ser caracterizado como sendo o ato com um conteúdo proposicional, realizado com a intenção de modificar ou acrescentar algo ao mundo jurídico (ou experiência jurídica), modificação ou acréscimo este indicado por meio do conteúdo proposicional em questão; o sistema jurídico reconhece os atos jurídicos a partir da existência de normas que especificam como tais atos podem e/ou devem ser realizados, para fins de atribuição das pretendidas consequências - por aquele que realiza o ato - a partir da válida *performance* do ato, à luz da razão pela qual tais consequências foram pretendidas.

⁵¹³ As normas de competência - sob a fórmula geral “se uma pessoa tem as qualificações Q, e realiza o ato A pelo procedimento P nas circunstâncias C, então uma válida instância de uma instituição jurídica particular passa a existir” - obtêm “sucesso de ajuste” no sentido mundo-palavra com base no “ponto ilocucionário declarativo” quando a comunidade jurídica reconhece, de forma generalizada, que as *performances* de atos declarativos específicos, por meio de sujeitos específicos, produzem “apresentações” juridicamente válidas; quando tais “apresentações” obtêm “sucesso de ajuste” no sentido mundo-palavra com base no “ponto ilocucionário declarativo” significa que seus respectivos conteúdos passam a ostentar o *status* de fatos institucionais.

jurídicas - atuem de modo a tornar tais “apresentações” verdadeiras (direção de ajuste última no sentido mundo-palavra). Os atos jurídicos - que apresentam determinado conteúdo proposicional - são aqueles realizados com a intenção de promover uma alteração na experiência jurídico-institucional, alteração indicada pelos termos que conformam o conteúdo proposicional do ato; o sistema jurídico reconhece os atos jurídicos na medida da existência de normas jurídicas que especificam quais os requisitos para as *performances* dos atos, bem como os requisitos para a irradiação das consequências pretendidas com o ato se a sua *performance* mostrar-se válida.

Nesse sentido, sete são as modalidades de atos jurídicos à luz da classificação ilocucionária dos atos linguísticos: atos jurídicos declarativos, atos jurídicos exortatórios, atos jurídicos imperativos, atos jurídicos propositivos, atos jurídicos compromissórios, atos jurídicos assertivos e atos jurídicos expressivos. A realização bem sucedida de um ato jurídico declarativo, no âmbito da ordem jurídico-institucional, rende ensejo à “apresentação” juridicamente válida de um estado de coisas; a realização bem sucedida de um ato jurídico exortatório, no âmbito da ordem jurídico-institucional, rende ensejo à “apresentação” juridicamente válida de um induzimento ao destinatário para a realização de determinado curso de ação; a realização bem sucedida de um ato jurídico imperativo, no âmbito da ordem jurídico-institucional, rende ensejo à “apresentação” juridicamente válida de um comando ao destinatário para a realização de determinado curso de ação; a realização bem sucedida de um ato jurídico propositivo, no âmbito da ordem jurídico-institucional, rende ensejo à “apresentação” juridicamente válida do propósito daquele que pratica o ato em realizar determinado curso de ação; a realização bem sucedida de um ato jurídico compromissório, no âmbito da ordem jurídico-institucional, rende ensejo à “apresentação” juridicamente válida de um comando para aquele que pratica o ato para a realização de determinado curso de ação; a realização bem sucedida de um ato jurídico assertivo, no âmbito da ordem jurídico-institucional, rende ensejo à representação (e não apenas “apresentação”) juridicamente válida de um estado de coisas; a realização de um ato jurídico expressivo, no âmbito da ordem jurídico-institucional, rende ensejo à “apresentação” juridicamente válida de uma atitude sobre determinado estado de coisas.

Os atos jurídicos declarativos subdividem-se em atos declarativos positivos, atos declarativos negativos e atos que conferem competência:⁵¹⁴ os positivos são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à “apresentação” juridicamente válida de um estado de

⁵¹⁴ RUITER, 1993, p. 90.

coisas, excluindo o simultâneo estabelecimento de quaisquer “presentações” no sentido da ausência do estado de coisas em questão; os negativos são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à “presentação” juridicamente válida da ausência de um estado de coisas, excluindo o simultâneo estabelecimento de quaisquer “presentações” no sentido da existência do estado de coisas em questão. As normas de competência exurgentes da realização bem sucedida de atos declarativos que conferem competência podem ser interpretadas como “presentações” juridicamente válidas de um estado de coisas estabelecido no sentido de que a “presentação” linguística decorrente da realização de um ato jurídico declarativo, por determinada autoridade, mostra-se juridicamente válida. Os atos que conferem competência podem ser de cunho autorizativo ou de cunho desqualificatório: os primeiros são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à “presentação” juridicamente válida de um ato jurídico declarativo específico, cujo conteúdo corresponde à “presentação” juridicamente válida de determinado estado de coisas, excluindo o simultâneo estabelecimento da “presentação” de realização de um ato jurídico específico cujo conteúdo corresponda à “presentação” do estado de coisas em questão como juridicamente inválido; os segundos são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à “presentação” juridicamente válida de um ato jurídico declarativo específico cujo conteúdo corresponde à “presentação” de determinado estado de coisas como juridicamente inválido, excluindo o simultâneo estabelecimento da “presentação” de realização de um ato jurídico específico cujo conteúdo corresponda à “presentação” juridicamente válida do estado de coisas em questão.

Os atos jurídicos exortatórios subdividem-se em atos incitatórios, atos restritivos e atos neutrais: os incitatórios são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à “presentação” juridicamente válida de um induzimento para o destinatário realizar determinada conduta, excluindo o simultâneo estabelecimento da “presentação” de um induzimento para o destinatário não realizar a conduta em questão; os restritivos são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à “presentação” juridicamente válida de um induzimento para o destinatário deixar de realizar determinada conduta, excluindo o simultâneo estabelecimento da “presentação” de um induzimento para o destinatário realizar a conduta em questão; os neutrais são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à “presentação” juridicamente válida da ausência de um induzimento para o destinatário realizar ou deixar de realizar determinada conduta, excluindo o simultâneo estabelecimento da “presentação” de um induzimento para o destinatário realizar ou deixar de realizar a conduta em questão.

Os atos jurídicos imperativos subdividem-se em atos de comando, atos proibitivos e atos que conferem liberdade: os de comando são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à constituição da obrigação jurídica do destinatário de realizar determinada conduta, excluindo o simultâneo estabelecimento da obrigação de não realizar a conduta em questão; os proibitivos são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à constituição da obrigação jurídica do destinatário de não realizar determinada conduta, excluindo o simultâneo estabelecimento da obrigação de realizar a conduta em questão; os que conferem liberdade são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à atribuição de liberdade jurídica ao destinatário para fazer ou deixar de fazer determinada conduta.

Os atos jurídicos propositivos subdividem-se em atos propositivos ativos, atos propositivos passivos e atos não-propositivos: os ativos são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à “apresentação” juridicamente válida do propósito do emitente em realizar determinada conduta, excluindo o simultâneo estabelecimento da “apresentação” do propósito do emitente em não realizar a conduta em questão; os passivos são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à “apresentação” juridicamente válida do propósito do emitente em não realizar determinada conduta, excluindo o simultâneo estabelecimento da “apresentação” do propósito do emitente em realizar a conduta em questão; os não-propositivos são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à “apresentação” juridicamente válida da ausência de propósito do emitente em realizar ou não realizar determinada conduta.

Os atos jurídicos compromissórios subdividem-se em atos compromissórios ativos, atos compromissórios passivos e atos não-compromissórios: os ativos são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à constituição da obrigação jurídica do emitente em realizar determinada conduta, excluindo o simultâneo estabelecimento da obrigação de não realizar a conduta em questão; os passivos são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à constituição da obrigação jurídica do emitente em não realizar determinada conduta, excluindo o simultâneo estabelecimento da obrigação de realizar a conduta em questão; os não-compromissórios são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à atribuição de liberdade jurídica ao emitente para fazer ou deixar de fazer determinada conduta.

Os atos jurídicos assertivos subdividem-se em atos assertivos afirmativos e atos de rejeição: os afirmativos são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à asserção juridicamente válida de determinado estado de coisas, excluindo o simultâneo estabelecimento da rejeição do estado de coisas em questão, bem como excluindo as negações fáticas quanto à existência da asserção juridicamente válida do estado de coisas; os de rejeição

são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à rejeição juridicamente válida de determinado estado de coisas, excluindo o simultâneo estabelecimento da asserção do estado de coisas em questão, sem excluir, porém, simultâneas asserções fáticas quanto à existência da rejeição juridicamente válida do estado de coisas (particularidade que não exclui, por sua vez, a expressão de crença acerca da verdade da proposição que representa o estado de coisas objeto de rejeição).

Por fim, os atos jurídicos expressivos subdividem-se em atos expressivos de tomada de posição e atos expressivos de abstenção: os de tomada de posição são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à “*apresentação*” juridicamente válida de certa atitude em relação a determinado estado de coisas, excluindo o simultâneo estabelecimento da “*apresentação*” da abstenção de atitude quanto ao estado de coisas em questão; os de abstenção são aqueles cuja realização bem sucedida rende ensejo à “*apresentação*” juridicamente válida da abstenção de atitude em relação a determinado estado de coisas, excluindo o simultâneo estabelecimento da “*apresentação*” de certa atitude em relação ao estado de coisas em questão.⁵¹⁵

A análise dos atos jurídicos como atos linguísticos, nessa ordem de ideias, serve à análise da relação entre a tutela jurisdicional no plano da linguagem-objeto e a tutela jurisdicional no plano da metalinguagem (plano da razão dogmático-processualística), à vista da relação entre os atos jurídicos (como atos linguísticos) e os julgamentos jurídicos (como resultados das *performances* dos atos), em paralelo com a distinção entre atos de decidir e normas individuais (como resultados dos atos). Para tanto, impende distinguir três subsistemas do sistema jurídico: (a) o subsistema de julgamentos jurídicos expressos por determinados “*signos*” (ou “*sinais*”); (b) o subsistema de fatos jurídicos institucionais projetados por julgamentos juridicamente perfectibilizados: este subsistema promove as alterações da experiência jurídica em geral, e da experiência jurídico-processual em particular, exurgente do subsistema indicado em (a); (c) o subsistema de práticas sociais correspondentes às crenças comuns acerca dos fatos jurídicos institucionais: este subsistema corresponde à realidade social que possibilita a eficácia do sistema jurídico em geral, bem como a eficácia de suas normas componentes.⁵¹⁶ Nesse contexto, um fato jurídico institucional pode ser discriminado de duas formas: (1) pela interpretação de determinado “*signo*” de julgamento jurídico em correlação com a comparação entre o julgamento por ele expresso - julgamento que projeta um fato jurídico institucional - e os critérios de

⁵¹⁵ RUITER, 1993, p. 159.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 25.

perfectibilização indicados na categoria a que pertence o julgamento em questão, à luz das respectivas normas de competência; e (2) pela observação de determinada prática social em cuja expressão subjaz certa crença comum, que leva em consideração o fato jurídico institucional projetado pelo julgamento jurídico. Esta discriminação corresponde à especificação da correlação entre determinada situação constituída pelo sentido de um julgamento juridicamente perfectibilizado e o objeto da crença comum subjacente à determinada prática social: nesses moldes, um fato jurídico institucional projetado por um julgamento juridicamente perfectibilizado que não é objeto de uma crença comum subjacente à prática social - associada ao julgamento em questão - pode ser considerado como inefetivo; de outro lado, um fato institucional que é objeto de uma crença comum subjacente à prática social - associada a determinado julgamento jurídico - que não é projetado pelo julgamento em questão (juridicamente perfectibilizado) não se consubstancia como um fato jurídico.

Nessa quadra, cinco são as categorias de julgamentos jurídicos, em paralelo à classificação dos atos jurídicos como atos linguísticos, anteriormente delineada: julgamentos jurídicos declarativos, julgamentos jurídicos prescritivos, julgamentos jurídicos diretivos, julgamentos jurídicos assertivos e julgamentos jurídicos expressivos. Os julgamentos declarativos são aqueles cuja perfectibilização projeta um estado de coisas correspondente à determinada situação jurídica; os julgamentos prescritivos são aqueles cuja perfectibilização projeta uma obrigação jurídica; os julgamentos diretivos são aqueles cuja perfectibilização projeta uma norma individual de conduta sem a vinculatividade própria à obrigação jurídica; os julgamentos assertivos são aqueles cuja perfectibilização projeta a representação jurídica de um estado de coisas ou de determinada situação; os julgamentos expressivos são aqueles cuja perfectibilização projeta um estado mental a respeito de determinado estado de coisas ou situação.⁵¹⁷ Como visto, tanto os atos jurídicos compromissórios quanto os atos jurídicos imperativos direcionam-se à constituição de obrigações jurídicas (obrigações para o emitente, no caso dos atos compromissórios, e obrigações para outras pessoas que não o emitente, no caso dos atos imperativos); tanto os atos jurídicos propositivos quanto os atos jurídicos exortatórios direcionam-se à projeção de uma norma individual de conduta sem a vinculatividade própria à obrigação jurídica (norma direcionada ao emitente, no caso dos atos propositivos, e norma direcionada para outras pessoas que não o emitente, no caso dos atos exortatórios). Todas as categorias de julgamentos jurídicos ostentam caráter declarativo; significa dizer: todas projetam situações jurídicas direcionadas à efetivação (ou corroboração)

⁵¹⁷ RUITER, 1993, p. 29.

de práticas sociais interpretáveis como sendo o conjunto de crenças comuns na existência das situações em questão. Sem embargo, enquanto a perfectibilização de julgamentos (exclusivamente) declarativos projetam situações jurídicas (ou fatos jurídicos institucionais) direcionadas à aceitação (ou reconhecimento) socialmente generalizada, as situações jurídicas (ou fatos jurídicos institucionais) projetadas pela perfectibilização das demais categorias de julgamentos não se limitam a esse direcionamento: as obrigações jurídicas direcionam-se ao seu cumprimento, as normas individuais de conduta pretendem ser levadas em consideração por seus destinatários, e as representações jurídicas de estados de coisas, assim como os estados mentais a respeito de determinados estados de coisas, pretendem ser juridicamente corretos.

Os julgamentos prescritivos incluem a projeção de uma obrigação jurídica que recai sobre determinado indivíduo (obrigação de realizar determinado curso de ação), a projeção de uma obrigação de não realizar determinado curso de ação, a projeção da permissão para realizar determinado curso de ação, e a projeção da permissão para não realizar determinado curso de ação. A perfectibilização do julgamento jurídico prescritivo expressa-se por meio da realização bem sucedida de um ato jurídico (compromissório ou imperativo) que projeta uma obrigação jurídica válida para aquele que realiza o ato (no caso do ato compromissório) ou para outras pessoas (no caso do ato imperativo) de realizar determinado curso de ação; a obrigação direciona-se à efetivação de uma prática social no sentido de tornar seu destinatário (aquele que realiza o ato ou outras pessoas) responsável pela não realização (ou pela realização, se a obrigação for no sentido da não realização de certa conduta) do curso de ação em questão. A obrigação é cumprida caso aquele que realizou o ato (no ato compromissório) ou outras pessoas (no ato imperativo) realiza (ou não realiza, dependendo do conteúdo da obrigação) o curso de ação, tendo em vista a responsabilidade associada ao descumprimento da obrigação (a realização ou a não realização da conduta).

A perfectibilização do julgamento jurídico diretivo, por seu turno, expressa-se por meio da realização bem sucedida de um ato jurídico (propositivo ou diretivo) que projeta uma razão jurídica, direcionada àquele que realiza o ato (no caso do ato propositivo) ou a outras pessoas (no caso do ato diretivo), para realizar determinado curso de ação; a razão jurídica em questão direciona-se à efetivação de uma prática social no sentido de tornar o destinatário do julgamento (aquele que realiza o ato ou outras pessoas) responsável por sopesar tal razão com outras razões conflitantes (à luz da ausência de vinculatividade própria à obrigação jurídica). A razão jurídica é efetivada caso aquele que realizou o ato ou outras pessoas realiza (ou não

realiza, dependendo do conteúdo da razão jurídica projetada) o curso de ação, realização esta levada a efeito em virtude da razão jurídica em questão.

A perfectibilização do julgamento jurídico assertivo expressa-se por meio da realização bem sucedida de um ato jurídico assertivo que projeta determinada situação jurídica; a situação jurídica projetada pelo julgamento direciona-se à efetivação de uma prática social no sentido de considerar tal situação como existente. Assim, a premissa (proposição) fundante do julgamento jurídico assertivo é verdadeira se, e somente se, a situação por ele projetada existir. Seis discrepâncias podem ocorrer em relação aos julgamentos assertivos: (1) a premissa fundante do julgamento é falsa, o julgamento perfectibiliza-se e a situação jurídica por ele projetada é socialmente aceita como existente; (2) a premissa fundante do julgamento é falsa, o julgamento perfectibiliza-se e a situação jurídica por ele projetada não é socialmente aceita como existente; (3) a premissa fundante do julgamento é falsa, o julgamento não se perfectibiliza e a situação jurídica por ele projetada é socialmente aceita como existente; (4) a premissa fundante do julgamento é verdadeira, o julgamento não se perfectibiliza e a situação jurídica por ele projetada não é socialmente aceita como existente; (5) a premissa fundante do julgamento é verdadeira, o julgamento não se perfectibiliza e a situação jurídica por ele projetada é socialmente aceita como existente; e (6) a premissa fundante do julgamento é verdadeira, o julgamento perfectibiliza-se e a situação jurídica por ele projetada não é socialmente aceita como existente.

Por fim, a perfectibilização do julgamento jurídico expressivo se dá por meio da realização bem sucedida de um ato jurídico expressivo que projeta um estado mental (do realizador do ato) em relação a determinado estado de coisas ou situação; o estado mental direciona-se à efetivação de uma prática social no sentido de considerar o realizador do ato como apresentando o estado mental em relação à situação em questão. O julgamento expressivo é correto se, e somente se, o estado mental por ele projetado corresponde ao estado mental (atinentes à situação em questão) socialmente atribuível ao realizador do ato à luz do seu contexto comportamental.⁵¹⁸

A análise dos atos e julgamentos jurídicos como atos linguísticos demonstra que a tutela jurisdicional constitui uma enunciação normativa ilocucionária que se consubstancia como uma espécie paradigmática de fato jurídico-institucional extralinguístico. Segundo John Searle, qualquer fato institucional, para existir, pressupõe (1) a existência de regras

⁵¹⁸ RUITER, 1993, p. 55.

constitutivas na forma “X conta como Y no contexto C”;⁵¹⁹ (2) a intencionalidade coletiva; e (3) a atribuição de função.⁵²⁰ A criação de um fato institucional em geral se dá mediante a realização de um ato linguístico que, para dar azo à exurgência do fato institucional cuja existência não dependa apenas da linguagem, pressupõe o funcionamento de instituições sociais. Nesse sentido, o próprio ato linguístico realiza a atribuição de determinada função em relação a determinados objetos ou pessoas que não teriam a função em questão não fosse a proferência do ato linguístico. (No ponto, cumpre diferenciar entre a instituição do ponto de vista genérico - *types* - como, por exemplo, o casamento, e os fatos institucionais que são instancicações - *tokens* - da instituição, como, *verbi gratia*, o fato de que A é marido de B. Nesse sentido, pode-se dizer que se “aplica” a instituição para dar lugar à criação de um fato institucional). Assim, e no caso da tutela jurisdicional (por exemplo, tutela desconstitutiva de um casamento), a criação de um novo fato jurídico institucional - a desconstituição de um casamento - ocorre à base de um objeto que já pressupõe uma prévia atribuição de função (a sentença), cuja existência (com tal designação e com a função que lhe atribuída enquanto tal) pressupõe a existência de diversos fatos institucionais (especialmente, a instituição do casamento no exemplo citado), base essa sob a qual recai determinado tipo de ato linguístico - o ato de proferir sentença -, a partir do qual exurge, de seu turno, um fato jurídico institucional extralinguístico (a tutela jurisdicional na modalidade constitutiva). Destarte, as tutelas jurisdicionais decorrem da proferência do ato jurídico de proferir sentença, que é um ato linguístico, caracterizado por um conteúdo proposicional (o conteúdo que caracteriza a declaratividade, a constitutividade, a mandamentalidade, a executoriedade e a condenatoriedade); por uma força ilocucionária (a força que caracteriza - e distingue - os

⁵¹⁹ Raimo Tuomela fornece a especificação analítica a respeito da regra constitutiva “X conta como Y no contexto C” para fins de atribuição de *status* institucional: “if S is a social institution-expressing proposition with ‘O counts as M’ as the constitutive norm involved in it, then (a) S is reflexively collectively accepted for the group with at least some substantial amount of collective commitment, (b) the collectively accepted constitutive norm ‘O counts as M’ gives a specific institutional (namely, conceptual and group-social) status to the fact of O-things having the feature M, (c) M does not apply to O merely on the basis of O’s physical features of features not related to collective acceptance, and (d) it is up to the members of G (‘us’) to determine the truth of S, and once collectively accepted, S is indeed true of correctly assertable; a social institution hence is a collective artifact that has been collectively created by ‘us’”. TUOMELA, 2010, p. 205.

⁵²⁰ “Collective intentionality assigns a new status to some phenomenon, where that status has an accompanying function that cannot be performed solely in virtue of the intrinsic physical features of the phenomenon in question. This assignment creates a new fact, an institutional fact, a new fact created by human agreement. The form of the assignment of the new status function can be represented by the formula ‘X counts as Y in C’. This formula gives a powerful tool for understanding the form of the creation of the new institutional fact, because the form of the collective intentionality is to impose that status and its function, specified by the Y term, on some phenomenon named by the X term. The ‘counts as’ locution is crucial in this formula because since the function in question cannot be performed solely in virtue of the physical features of the element, it requires our agreement or acceptance that it to be performed. Thus, we agreed to count the object named by the X term as having the status and function specified by the Y term”. SEARLE, 1995, p. 46.

respectivos verbos: declarar, constituir, mandar, executar e condenar); e um efeito perlocucionário, associado àquilo que o preceito declaratório e o constitutivo, o mandamento, a execução e a condenação têm aptidão de produzir no comportamento dos destinatários da tutela. Em outras palavras: que a tutela mandamental, por exemplo, tenha um conteúdo proposicional X, e não Y; que ela ostente uma força ilocucionária A, e não B;⁵²¹ e que dela decorra um efeito perlocucionário W, e não Z; depende (ao menos em grande parte) da autoridade da razão dogmática que, como metalinguagem, tem na tutela o ponto focal de sua linguagem-objeto (metalinguagem que, mercê do reconhecimento generalizado de sua função, por vezes incorpora-se na própria linguagem-objeto).

Nesse contexto, sem a processualística - que, como razão dogmática (metalinguagem) na tutela jurisdicional, lança mão, para a atribuição de função(ões) a objetos, de regras constitutivas na forma “X conta como Y no contexto C” (a proferência de certas palavras ditas ou escritas de certa forma por determinada pessoa, investida de determinado cargo e autoridade, e sob determinadas circunstâncias, pode dar ensejo à tutela jurisdicional como fato jurídico institucional)⁵²² - não haveria o subsistema de fatos jurídicos institucionais projetados por atos linguísticos, como subsistema que promove as alterações da experiência jurídica (ou mundo jurídico),⁵²³ tampouco o subsistema de práticas sociais correspondentes às crenças comuns - intencionalidade coletiva, para cuja criação e manutenção, em relação aos fatos jurídicos institucionais, a dogmática mostra-se fundamental - acerca dos fatos jurídicos institucionais, como subsistema que possibilita a eficácia do sistema jurídico em geral. A função social da processualística, assim, pode ser vista à luz da relação dialética entre verdade

⁵²¹ Não se olvide, sem embargo, que o ato decisório possui mais de uma força ilocucionária (como, por exemplo, força assertiva e força diretiva).

⁵²² Assim, por exemplo: o ato jurídico de sentenciar mediante a proferência do verbo “constituir” vale como uma decisão judicial cujo conteúdo, por sua característica, correspondente à tutela jurisdicional constitutiva, que tem como função tutelar direitos potestativos. Conforme Searle, “once we have both linguistic and nonlinguistic institutional functions, we can iterate functions on top of functions. The Y term on one level can be the X term or the C term of the next level up or even of higher levels. Thus such and such an utterance as X1 counts as promise Y1 in a context C1; but under certain circumstances C2, that very promise, Y1=X2, counts as a legally binding contract, Y2. Given the contract as a context, Y2=C3, a particular action as X3 can count as its breach, Y3. In the context of that breach, Y3=C4, a series of legal actions as X4 may count as a successful lawsuit, Y4, and hence have the function of remedying the breach of compensating for it. Such iterations produce the highest levels of institutional facts”. SEARLE, 1995, p. 125.

⁵²³ “The law is, in a sense, a world apart. Some states of affairs, processes and events can obtain only in the world of law. The existence of a contractual bond [v.g.] is such a state of affairs, as is being an owner in the legal sense. The law determines what processes or events bring the legal state of affairs into existence, and what processes or events terminate that state of affairs. It is important to keep in mind that the law ‘causes’ some states of affairs to come to obtain or to disappear again. The legal world is not static, but changes continuously. Events and processes are changes in the set of legal states of affairs”. HAGE, Jaap; BROUWER, Bob. Basic Concepts of european private law. *European Review of Private Law*, Kluwer Law International, Maastricht, Working paper 2006-7, 2007. O ponto destacado pelos autores diz com a correlação entre causalidade jurídica e a tese da experiência jurídica (ou mundo jurídico) como experiência proposicional (Capítulo 1, 1.1 e 1.2).

e eficácia⁵²⁴ - relação que confere sentido tanto à distinção entre representação e “apresentação” de um estado de coisas institucional quanto à noção de “direção de ajuste” (e o correspondente “sucesso de ajuste”) no sentido palavra-mundo ou mundo-palavra - haja vista que, segundo S. C. Coval e Joseph C. Smith, “the legal proposition or legal belief will be true if and only if certain states of affairs are true; that is the semantic state of affairs implied by the legal proposition.”⁵²⁵

11.3 TUTELA JURISDICIONAL E TUTELABILIDADE DOS DIREITOS

Conforme enfatizado (Capítulo 8, 8.1), o delineamento do conceito de tutela jurisdicional pressupõe a noção de tutela material; por conseguinte, o delineamento em questão depende da noção de direito subjetivo substantivo, que existe independentemente de um pronunciamento judicial específico (por exemplo, o direito subjetivo ao pagamento de determinada quantia em virtude da realização de um contrato). Ou seja: o direito que tem como causa um fato prévio a quaisquer determinações judiciais concretas que incluem tal

⁵²⁴ Sobre a relação dialética entre verdade e eficácia para fins de atribuição de função social à dogmática, aduz J. W. Harris: “correspondence of a legal system with social reality thus appears to be a pre-condition of descriptive legal science; it marks the boundary between information and evaluation”. HARRIS, 1979, p. 124. Outrossim, a apontada relação diz, em última análise, com a circunstância - essencial à compreensão da experiência jurídico-institucional - de que os fatos jurídicos nunca são “fatos últimos”. É como explica Scott Shapiro: “legal facts are never ultimate facts. In other words, whenever a law or a legal system exists, it always does so in virtue of some other facts. For example, if it is against the law to jaywalk in New York City, then this legal fact obtains in virtue of the fact that, say, the city council voted to approved a bill that set out in writing that jaywalking is prohibited within the city and the fact that the mayor signed this bill. By contrast, the existence of any particular quark does not depend on the existence of any other fact (assuming that quarks are fundamental particles). Its existence is ultimate - there is no other fact in virtue of which the quark exists. The recognition that legal facts are always determined by other facts shapes the practice of legal argumentation in a fundamental way. Suppose we want to show someone that the law is thus-and-so in a particular jurisdiction. Since legal facts are not ultimate, we can only make our case by pointing to the existence of other facts that determine that the law is thus-and-so in the jurisdiction. In the case of legislative, administrative, or judicial rules, we would be required to argue that those with legal authority within the relevant jurisdiction approved certain legal texts and their proper interpretation supports our claim about the law. Similarly, suppose that our interlocutor denies that the persons we identified have legal authority within the jurisdiction. Because the authoritative status of the persons in question is a legal fact, it cannot be ultimate either. We will therefore be compelled to respond to our interlocutor by making reference to other facts, such as the existence of relevant valid laws that confers such authority”. SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 26.

⁵²⁵ COVAL, S. C.; SMITH, Joseph C. *Law and its presuppositions*. London: Routledge, 1986. p. 107. Aduzem os autores: “a concept of truth is essential if we are to engage in standard of effective action. Truth will, we have also seen, then be necessary to the production of propositions or rules which enjoin us to act in certain ways if these ways are to be effective. [...] The main indicator of the presence of a semantic component is that our proposition and belief will be true when and only when the relevant fact of that semantic component is the case”. COVAL; SMITH, loc. cit.

direito como *thema decidendum*.⁵²⁶ Quanto à gênese, os direitos subjetivos substantivos podem ser primários ou secundários. O direito secundário exsurge a partir de um ato que infringe determinado dever correlacionado a um direito subjetivo primário (por exemplo, o direito secundário à reparação de danos decorrentes da infringência de um dever correlacionado ao direito primário de não sofrer lesão na esfera jurídica patrimonial); o direito primário, de sua vez, é aquele que existe independentemente de um ato infringente de um dever (por exemplo, o direito primário ao pagamento de determinada quantia em virtude da celebração de um contrato). (No ponto, importa frisar que nem toda a infringência de um dever correlacionado a um direito rende ensejo à configuração de um direito subjetivo secundário). A distinção é importante na medida em que a tutela jurisdicional corresponde ao resultado da atividade judicial - embora nem todo resultado da atividade judicial corresponda à concessão de tutela jurisdicional -, resultado associado à violação (ou ameaça de violação) de um direito subjetivo, primário ou secundário, integrante do plano do direito material.

A tutela jurisdicional, como resultado (ou “produto”) normativo, corresponde a um fato jurídico-institucional extralinguístico, decorrente de um ato jurídico de decisão proferido pelo juiz. Do fato jurídico institucional extralinguístico irradiam-se as categorias eficaciais (notadamente, direitos, deveres e obrigações); assim, e como visto, a tutela jurisdicional não se confunde com o ato de decidir: aquela está associada aos efeitos jurídicos decorrentes da *performance* deste. A tutela jurisdicional, portanto, inclui a eficácia jurídica do ato jurídico de decisão (eficácia correspondente ao fato jurídico-institucional) e os efeitos jurídicos que se irradiam do fato jurídico-institucional (especialmente, direitos, deveres e obrigações). Desse modo, distinguem-se os direitos incluídos na tutela jurisdicional daqueles direitos (substantivos primários ou secundários) cuja (ameaça de) violação serve de propósito justificador da concessão da tutela como resultado da atividade judicial. Portanto, tutela jurisdicional não deve ser confundida com: (a) demanda judicial (ou causa de pedir e/ou pedido veiculado na demanda); (b) direito substantivo primário; (c) direito substantivo secundário; (d) meio(s) de efetivação ou implementação da tutela (ou da norma individual decorrente da decisão judicial); e (e) o resultado fático-empírico correspondente ao cumprimento ou efetivação da norma individual decorrente da decisão judicial (por exemplo, o pagamento de determinada quantia monetária em virtude da norma individual, cujo conteúdo corresponde ao comando no sentido de que X deve pagar a Y a quantia monetária Q). Somente a partir de tais distinções torna-se possível a adequada análise da relação entre

⁵²⁶ Sobre o ponto, a distinção entre incidência e aplicação, à luz da noção de causalidade jurídica (Capítulo 1, 1.2).

tutela jurisdicional e direitos substantivos (primários e secundários), bem como entre tutela e os meios coercitivo-estatais de efetivação da norma individual decorrente da decisão judicial.

Quando o dever de realizar determinada conduta (em virtude da celebração de um contrato, por exemplo) não é cumprido, ele pode deixar de existir, como na hipótese da contratação de um serviço de natureza infungível ou personalíssima: assumindo que tal negócio jurídico não se mostra executável de modo específico, o descumprimento do dever de realizar os serviços na data objeto de contratação rende ensejo à configuração do direito subjetivo secundário ao pagamento de quantia a título de reparação ou compensação. Caso o dever correlacionado ao direito secundário não seja cumprido, o titular do direito pode ajuizar uma demanda judicial para o fim de implementá-lo. Na hipótese de concessão de tutela jurisdicional, esta - como resultado da atividade judicial correspondente a um fato jurídico institucional extralinguístico - incluirá o efeito jurídico correspondente à configuração de um novo direito correlacionado ao dever de pagar a quantia devida a título de reparação ou compensação, que restabelece - e o confirma de forma autoritativa - o direito subjetivo secundário, previamente existente à emissão da norma individual pelo juiz. Caso o direito (efeito jurídico incluído na tutela jurisdicional concedida) não seja realizado a partir do cumprimento do dever correlato, o poder coercitivo estatal poderá ser atuado em favor da posição jurídica do titular do direito (favorecido pela tutela) para fins de efetivação da norma individual no plano empírico. Nesse sentido, o restabelecimento do direito substantivo, por meio da tutela jurisdicional, pode ser chamado de “replicação”: o direito substantivo correlaciona-se com um dever, correlação que a tutela replica por meio do restabelecimento do direito, a partir da configuração de um novo direito (categoria eficaz), exurgente de um fato jurídico-institucional extralinguístico (a concessão da tutela jurisdicional).

Os direitos substantivos primários e secundários, conforme asseverado, existem independentemente da emissão de uma decisão judicial específica; significa dizer: eles são constituídos, modificados, transferidos ou extintos do modo independente de determinada atividade judicial que tenha tais direitos incluídos como *res in iudicium deducta*.⁵²⁷ Tais direitos conceptualizam as condições de avaliabilidade ou disponibilidade das tutelas

⁵²⁷ Isso não exclui que determinados direitos dependam de uma decisão judicial (para sua constituição ou extinção, por exemplo); o que se afirma no texto é que os direitos substantivos (primários e secundários), enquanto tais, não têm a emissão de determinada decisão judicial como condição de existência, modificação, transferência e extinção. As decisões judiciais em geral, e a jurisprudência em especial, compõem o ciclo da experiência jurídica (Capítulo 1, 1.1), influenciando (e co-determinando) a configuração, de modo generalizado, dos direitos subjetivos atribuíveis às pessoas em virtude da incidência das normas jurídicas; mas tal particularidade não diz respeito à determinada decisão judicial específica ou concreta e sua relação com determinado direito subjetivo substantivo, para fins de sua caracterização como efeito jurídico decorrente de um fato jurídico.

jurisdicionais e estas (que incluem efeitos jurídicos correspondentes a direitos), por seu turno, conceptualizam as condições de avaliabilidade ou disponibilidade dos modos (ou técnicas) de efetivação – que implica o uso da coerção estatal - das normas individuais decorrentes das decisões judiciais. Assim, a dicotomia entre direito subjetivo e tutela jurisdicional deve ser especificada pela dicotomia entre direito subjetivo substantivo - cuja estrutura vincula-se à conceptualização da avaliabilidade das tutelas jurisdicionais - e o direito exurgente da norma individual correspondente ao resultado da atividade judicial - resultado que se consubstancia como fato jurídico-institucional extralinguístico.

À luz do exposto, conclui-se que os direitos substantivos à compensação (v. g., exurgente de uma hipótese de responsabilidade civil extracontratual) e à restituição (v. g., exurgente de uma hipótese de enriquecimento sem causa), por exemplo, não fazem parte do domínio da tutela jurisdicional (e, portanto, não integram o plano do direito processual). Desse modo, se a tutela jurisdicional inclui a eficácia e os efeitos jurídicos exurgentes do fato jurídico institucional correspondente ao resultado da atividade judicial, ela (a tutela) não equivale ao conjunto de todas as “respostas” jurídicas às infringências aos direitos subjetivos:⁵²⁸ o domínio da tutela jurisdicional diz respeito à geração e ao conteúdo de determinada classe de efeitos jurídicos.

Os direitos subjetivos podem ser vistos à luz de sua fonte, conteúdo ou objetivo: assim, os direitos podem ser pessoais ou reais, positivos (os que dizem respeito a “um fazer”, pagamento de quantia monetária ou outro ato) ou negativos (os que dizem respeito a “um não-fazer”), e dirigidos à compensação, à restituição, à punição (ou sanção) ou a outro objetivo. Tais características ou critérios distintivos podem ser aplicados à tutela jurisdicional, uma vez que ela inclui direitos como modalidade jurídico-eficaz, e todos os direitos subjetivos consubstanciam uma modalidade jurídico-eficaz. Desse modo, a aplicação de certos critérios dá-se por associação ou derivação das características atribuíveis aos direitos substantivos cuja efetivação serve de propósito à concessão da tutela: a tutela pode visar à efetivação de um direito substantivo primário ou secundário; um direito que deriva de uma manifestação de vontade (consentimento), de um enriquecimento sem causa, de um ato ilícito, ou outros fatos jurídicos; um direito pessoal ou real; um direito positivo (fazer, dar ou pagar quantia) ou negativo (não-fazer); um direito que tem como objetivo a compensação, a restituição, a punição (ou sanção) ou outro objetivo. A análise da tutela pode se basear no critério fundado no objetivo (foca no *telos* da tutela em termos de mensuração da alteração da

⁵²⁸ Vide Capítulo 8, 8.1.

posição dos litigantes); no critério fundado nos meios de implementação (foca nas técnicas de realização prática da norma individual decorrente da decisão judicial); no critério da efetivação (foca nos modos como a tutela efetiva os direitos substantivos). De outro lado, determinadas características ou critérios distintivos somente são aplicáveis à tutela jurisdicional, porquanto apenas ela se consubstancia como um fato jurídico-institucional extralinguístico correspondente ao resultado da atividade judicial que visa à proteção do patrimônio jurídico (*lato sensu*). Por exemplo, a tutela pode apresentar caráter preventivo (prevenção da infringência de um direito) ou corretivo (“correção” ou “restauração” de uma infringência já concretizada); pode “replicar” ou “transformar” o conteúdo do direito substantivo; pode necessitar ou não necessitar de providências ulteriores (à emissão da decisão judicial) para fins de efetivação da norma individual decorrente da decisão.

Nesse contexto, e como destacado, a função social da processualística está associada com a relação entre os planos da ordem jurídica e, por conseguinte, com a relação entre direitos substantivos e tutela jurisdicional. No que concerne à relação entre direito subjetivo e tutela, a questão central é se as tutelas jurisdicionais restabelecem os direitos substantivos existentes de modo prévio à emissão da decisão judicial ou se elas geram efeitos jurídicos que são distintos dos direitos previamente existentes (inexistindo, nesse caso, replicação de direitos). As tutelas jurisdicionais, desse modo, podem ser diferenciadas entre aquelas que (a) restabelecem ou replicam direitos substantivos primários ou secundários (tutela “replicativa”) e aquelas que (b) não replicam direitos substantivos (denominável de tutela “transformativa”). Como exemplos de replicação pode-se mencionar o efeito decorrente da decisão judicial com comando de *performance* específica, que replica um direito contratual à determinada prestação; o efeito decorrente da decisão judicial com comando de não-interferência na propriedade, que replica o direito subjetivo correspondente; o efeito decorrente da decisão judicial com comando de restituição por enriquecimento sem causa, que replica o direito subjetivo ao retorno do bem ou quantia ao patrimônio em virtude de pagamento indevido; e o efeito decorrente da decisão judicial com comando de desocupação de determinado imóvel, que replica o direito reivindicatório.⁵²⁹

A tutela replicativa subdivide-se em tutela replicativa de direitos substantivos primários e tutela replicativa de direitos substantivos secundários: a primeira espécie efetua de modo “direto” (ou específico) os direitos primários; a segunda espécie, ao replicar direitos secundários, efetua de modo “indireto” (ou substitutivo) os direitos primários. A subdivisão

⁵²⁹ ZAKRZEWSKI, Rafal. *Remedies reclassified*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 79.

da tutela replicativa, portanto, foca na característica do direito substantivo objeto de replicação em virtude da irradiação do efeito jurídico decorrente da decisão judicial; a tutela jurisdicional visualizada sob a perspectiva da replicação, assim, diz respeito à efetivação dos direitos subjetivos por meio de decisões judiciais. Como a tutela jurisdicional inclui os efeitos jurídicos decorrentes de tais decisões, ela está associada, como frisado, com a geração (ou constituição), a natureza e o conteúdo de uma classe especial de efeitos jurídicos, que conferem uma posição jurídica de vantagem ao favorecido pela concessão da tutela.

Assim, a tutela jurisdicional pode implicar ou não a replicação (ou o restabelecimento) de direitos substantivos; na hipótese de replicação, a questão central que emerge diz respeito à natureza do direito substantivo objeto de replicação pela tutela - questão relacionada com o conteúdo que caracteriza o julgamento jurídico que projeta determinada situação ou estado de coisas -; em particular, se o direito em questão configura-se como primário ou secundário. Na hipótese de ausência de replicação (tutela transformativa), a questão que emerge diz respeito, fundamentalmente, ao conteúdo do julgamento jurídico respectivo.

A perspectiva da replicação de direitos embasa o questionamento acerca de quais modalidades de tutela replicam determinados tipos de direitos substantivos e, conversamente, quais direitos substantivos são replicados em determinadas modalidades de tutela: tal comparação dá-se por meio da contraposição entre a tutela concedida e o direito substantivo alegado na demanda. Nesse sentido, para um direito primário ser objeto de replicação quando da irradiação dos efeitos jurídicos da decisão judicial, ele deve preencher três requisitos: (a) a existência de infringência ao direito, ou a caracterização de ameaça de infringência: se o direito correlaciona-se com um dever positivo, a infringência pode ser real, temida ou contínua; se o direito correlaciona-se com um dever negativo, a infringência pode ser temida ou contínua; (b) o direito em questão não pode ser daqueles que se extinguem a partir da infringência; e (c) não deve haver razões de política jurídica ou judiciária que sirvam de óbice à replicação do direito.⁵³⁰

A replicação de um direito implica, em geral, o comando para que determinada pessoa, para o qual recai o correspondente dever, realize ou não realize determinado curso de ação: se X tem o dever de entregar um bem para Y, então a replicação do direito primário de Y à entrega do bem em questão implica o comando para que X realize a entrega do bem para Y (um comando para que X realize a conduta que já deveria ter realizado em virtude de um negócio jurídico celebrado com Y). Destarte, o direito primário deve ser replicável: por

⁵³⁰ ZAKRZEWSKI, 2005, p. 103. Segundo Zakrzewski, os direitos secundários servem para suplantiar (ou “reimplementar”) os direitos primários que não podem ou não devem ser replicados.

exemplo, um dever negativo não é diretamente implementável após o seu descumprimento (no sentido de que é impossível emitir comando para compelir a pessoa à realização do dever de modo retrospectivo); porém, um comando pode ser emitido para fins de replicar o direito correlacionado ao dever (caracterizando-se como medida preventiva - prevenir a infringência do direito -, ao contrário das medidas corretivas, que visam à efetivação de direitos a partir da correção de infringências já concretizadas). Desse modo, o direito primário que deixa de existir a partir da infringência não pode ser replicado a partir da irradiação dos efeitos jurídicos da decisão judicial (direito “não-replicável”). Por exemplo, o direito cujo objeto recai sobre um bem deixa de existir se o bem em questão é destruído; determinado direito contratual pode deixar de existir se a relação contratual termina em virtude do descumprimento; similarmente, o direito correlacionado a um dever negativo não pode ser restabelecido, em caso de infringência, por meio de um comando, dirigido ao devedor, para que este não viole o direito. Impende destacar, ainda, a possibilidade de que determinados direitos primários, que por sua natureza são replicáveis, não sejam objeto de replicação em virtude de razões de política jurídica ou judiciária, quando, então, a ordem jurídica opta pela efetivação indireta de tais direitos sob a forma de replicação de direitos secundários. Por exemplo, o juiz pode não conceder uma tutela jurisdicional que, em virtude dos efeitos jurídicos decorrentes da decisão, proporcionaria a efetivação direta ao direito primário à prestação de serviços personalíssimos (não-concessão esta fundada em considerações atinentes à restrição da liberdade ou atinentes aos custos de fiscalização ou monitoramento para a efetivação do direito).

A análise da replicação de direitos primários pode ser feita com base nas seguintes questões: (a) a forma em que a decisão judicial expressa seu conteúdo (dispositivo decisório); (b) a natureza da tutela concedida; (b.1) função da tutela (que permite avaliar suas vantagens comparativas); (b.2) efeitos nos direitos substantivos; (c) natureza do direito substantivo replicado; (d) implementação da norma individual decorrente da decisão.

Assim, a título exemplificativo, o pagamento de quantia devida em virtude de negócio jurídico implica, quanto à tutela jurisdicional, um conteúdo decisório na forma “X deve pagar a Y a quantia monetária Q”; a tutela em questão apresenta, em geral, função corretiva, replicando um direito ao pagamento que não foi satisfeito; o efeito jurídico decorrente da decisão, assim, replica um direito substantivo (pessoal) ao pagamento de quantia, decorrente de negócio jurídico; a implementação da norma individual decorrente da decisão dá-se por meios ou técnicas sub-rogatórias, que atuam no patrimônio do desfavorecido pela concessão da tutela. Nessa senda, o pagamento de quantia a título de restituição em virtude de

enriquecimento sem causa implica, também, um conteúdo decisório na forma “X deve pagar a Y a quantia Q”; a tutela em questão apresenta função corretiva; o efeito jurídico decorrente da decisão replica um direito substantivo (pessoal) ao pagamento de quantia decorrente de um enriquecimento sem causa (decorrente de pagamento indevido); a implementação da norma individual dá-se da mesma forma que o pagamento de quantia devida em virtude de negócio jurídico. A realização específica de um dever ou obrigação derivada de negócio jurídico implica um conteúdo decisório na forma “X deve realizar o curso de ação C em virtude do negócio jurídico N celebrado com Y”; a tutela pode apresentar caráter corretivo ou preventivo (pode visar à “correção” de um descumprimento já concretizado ou visar à prevenção da concretização de um descumprimento do negócio); quanto aos efeitos nos direitos substantivos (em geral, direitos contratuais), eles continuam a existir após a concessão da tutela, concessão que, por outro lado, rende ensejo à irradiação de novos direitos, porquanto a norma individual passa a servir de base ao *modus operandi* da execução do negócio jurídico; o efeito jurídico-decisório replica um direito substantivo derivado do negócio jurídico (direito cujo conteúdo depende do conteúdo do negócio),⁵³¹ efetivando tal direito de modo “direto”; a implementação da norma individual dá-se por meios ou técnicas de coerção (que conduzam a resultado prático equivalente). O comando de replicação de um direito substantivo primário implica um conteúdo decisório na forma “X deve realizar ou não realizar a conduta C”;⁵³² a tutela em questão apresenta caráter proibitivo em caso de replicação de direito primário correlacionado a um dever negativo (dever de não praticar determinado ato) - visando à prevenção do cometimento de um ato ilícito ou a continuação (dos efeitos) da violação de um direito - e caráter mandatório em caso de replicação de direito primário correlacionado a um dever positivo (dever de praticar determinado ato) - visando, em geral, à “correção” da violação de um direito primário por meio de medidas de coerção que intentam compelir a realização do ato correspondente ao conteúdo do direito; quanto aos efeitos nos direitos substantivos, eles continuam a existir após a concessão da tutela, concessão que, por outro lado, rende ensejo à irradiação de novos direitos, porquanto a norma individual passa a servir de base ao *modus operandi* do cumprimento do dever correlacionado ao direito; o efeito jurídico decorrente da decisão replica um direito substantivo primário correlacionado a um dever negativo ou um direito substantivo primário correlacionado a um dever positivo; a

⁵³¹ Direito contratual à prestação de um serviço, por exemplo.

⁵³² O comando deve especificar as condições espaço-temporais da realização da conduta, bem como as consequências em caso de não-cumprimento do comando nas condições indicadas.

implementação da norma individual decorrente da decisão dá-se da mesma forma que a realização específica de um dever ou obrigação derivada de negócio jurídico.

Conforme anteriormente exposto, o direito substantivo secundário é o direito correlacionado ao dever que recai sobre a pessoa que infringiu um direito primário. Determinados direitos substantivos primários não são replicáveis pela irradiação dos efeitos jurídicos de decisões judiciais, seja por impossibilidade (como na hipótese dos direitos que deixam de existir em virtude da violação), seja por razões de inefetividade prática (como na mencionada hipótese de direitos com conteúdo negativo), seja, ainda, por razões de política jurídica ou judiciária (como no exemplo da replicação de direitos à prestação de serviços personalíssimos). Os direitos secundários, assim, “suplantam” ou “reimplementam” os direitos primários violados; a replicação dos primeiros serve à efetivação “indireta” dos segundos: “suplantam” quando os direitos deixam de existir em virtude de violação, e “reimplementam” quando eles continuam a existir, mas por determinada razão de política jurídica ou judiciária a replicação não serve à adequada efetivação do direito em questão. Registre-se, outrossim, que o conteúdo do direito secundário não decorre logicamente da natureza do direito primário violado: tal conteúdo encontra-se delineado nas normas jurídicas de forma independente - porém relacionada - da natureza do direito primário. Assim, na hipótese de atos ilícitos que concretizem danos, em geral as normas prevêm medidas de compensação monetária; entretanto, para determinados atos ilícitos, a primazia (ou a concorrência) de medidas de dissuasão rende ensejo à irradiação de direitos secundários à restituição, ou a primazia (ou a concorrência) de medidas de punição rende ensejo à irradiação de direitos secundários ao pagamento de multas (por exemplo, cláusulas penais nos negócios jurídicos).

Nessa ordem de ideias, é importante frisar que a tutela replicativa de direitos secundários não se caracteriza como “transformativa” de direitos primários: por exemplo, o comando judicial de pagamento de quantia devida em virtude de concretização de danos não implica transformação - no sentido de um comando que não leva em consideração o conteúdo de um direito existente de forma prévia à emissão da decisão - de um direito substantivo, porquanto o efeito jurídico decorrente da decisão judicial replica o direito secundário, proporcionando a concessão de uma tutela de cunho substitutivo, que “reimplementa” o direito primário por meio da replicação do direito secundário àquele correlacionado. Assim, a realização específica de um dever ou obrigação derivada de negócio jurídico e o pagamento de quantia devida em virtude de concretização de danos implicam “respostas” a violações de diferentes classes de direitos: a primeira “resposta” consiste na “correção” quanto à ausência

de realização do dever correlacionado a um direito primário decorrente de um negócio jurídico, e a segunda “resposta” consiste na “correção” quanto à ausência de realização do dever correlacionado a um direito secundário ao pagamento de quantia devida a título de danos concretizados pelo cometimento de um ato ilícito e lesivo.

Assim, a título exemplificativo, o pagamento de quantia devida em virtude de concretização de danos implica, quanto à tutela jurisdicional, um conteúdo decisório na forma “X deve pagar a Y a quantia monetária Q”; a tutela em questão apresenta função corretiva, replicando um direito ao pagamento de quantia em virtude da violação de um direito primário; o efeito jurídico decorrente da decisão, assim, replica um direito substantivo pessoal - não satisfeito no plano do direito material -, restabelecendo, portanto, um direito secundário;⁵³³ a implementação da norma individual decorrente da decisão dá-se da mesma forma que o pagamento de quantia devida em virtude de negócio jurídico. O pagamento de quantia a título de danos comporta divisões à luz da natureza (ou *telos*) do direito substantivo replicado, e subdivisões à luz da base a partir do qual o direito exsurge: direito substantivo secundário à compensação (derivado da violação de um direito substantivo primário exsurgente de um contrato ou derivado da violação de um direito primário não exsurgente de um contrato), direito substantivo secundário à restituição (derivado da violação de um direito substantivo primário decorrente de um contrato ou derivado da violação de um direito primário não decorrente de um contrato) ou direito substantivo secundário ao sancionamento (derivado da violação de um direito substantivo primário exsurgente de um contrato ou derivado da violação de um direito primário não exsurgente de um contrato). Ainda a título de exemplo, o comando de desfazimento dos efeitos (ou prevenção do cometimento) de um ato ilícito implica um conteúdo decisório na forma “X não deve realizar a conduta C (ou deve cessar a continuação do curso de ação representado pela conduta) ou deve realizar a conduta não-C”; a tutela em questão apresenta função corretiva ou “restaurativa” (se for direcionada ao desfazimento dos efeitos de um ato ilícito) ou função preventiva (se for direcionada à prevenção do cometimento de um ato ilícito); o efeito jurídico decorrente da decisão (direcionada ao desfazimento) replica um direito substantivo secundário decorrente do descumprimento contratual ou um direito substantivo secundário decorrente da violação de um direito primário não exsurgente de um contrato (por exemplo, violação do direito de propriedade de um imóvel); a implementação da norma individual decorrente da decisão dá-se

⁵³³ A tutela pode replicar, por exemplo, o direito substantivo secundário à compensação por danos pessoais causados de forma culposa ou o direito substantivo secundário à compensação pelas perdas monetárias causadas por descumprimento contratual.

da mesma forma que a realização específica de um dever ou obrigação derivada de negócio jurídico.

Conforme exposto, a tutela replicativa restabelece (ou “reafirma”) direitos substantivos previamente existentes em relação à emissão da decisão judicial; assim, em geral, a norma individual veiculada na decisão não exige do vencido a realização de um curso de ação que não corresponda àquilo que ele tinha o dever (ou a obrigação) de realizar no plano do direito material, justamente porque a tutela replica o conteúdo do direito substantivo, primário ou secundário. Por outro lado, a tutela que não apresenta essa característica configura-se como “transformativa” ou “criativa”, justamente porque ela não replica o conteúdo de um direito substantivo previamente existente em relação à emissão da decisão judicial: a norma individual veiculada na decisão, portanto, exige do vencido a realização de um curso de ação que não guarda relação de correspondência com o conteúdo de algum dever (ou obrigação) correlacionada a um direito existente no plano material. Em outros termos: dentre os efeitos jurídicos decorrentes da decisão inclui-se um dever direcionado ao vencido (e o direito do favorecido pela concessão da tutela, correlacionado ao dever) para que ele realize determinado curso de ação que o direito material não lhe exigia a realização.

Parece intuitivo, pois, que a tutela não-replicativa está associada com os poderes atribuídos ao juiz, pela ordem jurídica, para o desempenho de sua função (dentro das delimitações competenciais). Isso não significa afirmar que os poderes do juiz não se mostram presentes quando da concessão de tutelas de cunho replicativo: tais poderes são inerentes ao exercício da função judicial (servindo à própria caracterização da jurisdição enquanto poder distinto dos demais poderes estatais), e estão presentes em qualquer modalidade de tutela; tais poderes, ademais, servem à diferenciação da autonomia do plano do direito processual em relação ao plano do direito material. O que se está a destacar diz respeito a uma questão de grau (e não de diferenciação categórica, portanto), na medida em que a não-replicação de direitos substantivos (como eficácia jurídica das decisões) também se mostra necessária ao cumprimento da função jurisdicional. Assim, a tutela que não replica o conteúdo de direitos substantivos apresenta, evidentemente, um grau mais elevado (ou mais “visível”) de discricionariedade no exercício do poder jurisdicional em relação àquela que replica o conteúdo de direitos existentes no plano material.⁵³⁴ O ponto relaciona-se com o controle da função jurisdicional: a (não-)replicação de direitos substantivos está diretamente associada à

⁵³⁴ Nesse sentido, importa não confundir os espaços decisório-judiciais existentes em virtude da “textura aberta” das normas materiais e processuais objeto de aplicação judicial com os espaços decisório-judiciais existentes em virtude da concessão de tutela jurisdicional que não replica o conteúdo de direitos substantivos: com efeito, aqueles espaços existem tanto na replicação quanto na não-replicação de direitos substantivos.

legitimidade da atuação do juiz e, portanto, com os critérios de correção jurídica das decisões judiciais. A propósito, a função social da processualística diz com o delineamento de tais critérios; de conseguinte, a especificação da autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional precisa dar conta da distinção entre tutelas que replicam e tutelas que não replicam o conteúdo de direitos substantivos (primários ou secundários), justamente para delimitar o que se considera como exercício juridicamente legítimo de poderes judiciais, com determinadas margens (maiores ou menores) de discricionariedade, e o que se considera como exercício juridicamente ilegítimo (ou arbitrário) destes poderes, delimitação correspondente à controlabilidade do conteúdo e da forma de implementação das decisões judiciais.

Nesse contexto, e no que concerne aos poderes judiciais, não se deve confundir o espaço de apreciação decisório-judicial quanto à escolha da modalidade de tutela a ser concedida⁵³⁵ - que diz respeito ao conteúdo da decisão judicial, relacionado ao espaço decisório delimitado pelas diretivas de escolha de consequências jurídicas -⁵³⁶ com o espaço de apreciação decisório-judicial quanto à escolha dos meios ou técnicas de implementação da norma individual cujo conteúdo corresponde à tutela concedida (espaço de apreciação decisória que não diz respeito ao conteúdo da decisão judicial, e sim à forma de efetivação do comando nela veiculado).

Em relação à tutela de cunho transformativo (ou criativo), os efeitos jurídicos - incluindo direitos e deveres - exsurgentes de decisões judiciais que veiculam tal modalidade de tutela não replicam o conteúdo de direitos substantivos, particularidade que, conforme exposto, caracteriza esta tutela como contendo uma margem de discricionariedade judicial mais elevada ou destacada (em relação à tutela de cunho replicativo). Assim, o espaço de escolha decisória existente na replicação de um direito substantivo violado diz respeito à (não-)concessão da tutela que restabelece o conteúdo do direito: trata-se de um espaço decisório concernente à (não-)emissão de uma norma individual que determina a (não-)realização de certo curso de ação por um dos litigantes e, portanto, é um espaço que deriva sua delimitação a partir do conteúdo das normas concernentes aos direitos substantivos. O espaço de escolha decisória existente na não-replicação de direitos substantivos, por outro lado, é um espaço que não deriva sua delimitação - pelo menos não de forma direta - a partir do conteúdo das normas concernentes aos direitos substantivos: sua delimitação dá-se a partir das normas associadas à própria autonomia do plano do direito processual enquanto tal, porquanto o conteúdo da tutela

⁵³⁵ Questão que diz respeito às “normas regentes da tutela jurisdicional” (normas principais da demanda, da efetividade e da segurança), bem como à adequação da tutela jurisdicional para a “superação da crise sofrida pelo direito material”. OLIVEIRA, 2008, p. 111.

⁵³⁶ Capítulo 11, 11.1.

em questão não se apresenta como “derivativo” do conteúdo de direitos substantivos. O ponto relaciona-se com a distinção entre o “desenvolvimento judicial do direito” e o espaço decisório-judicial existente no âmbito da tutela jurisdicional: segundo Rafal Zakrzewski, não se deve confundir a margem de criação judicial do direito implementada no “nível institucional geral” com a margem de criação judicial do direito implementada no “nível específico de instanciação” daquele nível institucional geral.⁵³⁷ O nível institucional geral diz respeito à margem de criação judicial do direito que se dá sob a forma de normas cujo delineamento pressupõe a intenção de aplicabilidade para casos futuros (pretensão de aquisição do *status* de normas gerais); o nível institucional específico, de seu turno, diz respeito à margem de criação judicial do direito que se dá sob a forma de normas individuais a partir dos quais exsurtem relações jurídicas entre específicos sujeitos de direitos, em circunstâncias a eles particularmente concernentes. Assim, a tutela replicativa, no nível institucional específico, envolve o restabelecimento de direitos substantivos, com implementação das escolhas - subjacentes ao delineamento dos direitos - previamente feitas no nível institucional geral. Por outro lado, a tutela não-replicativa, no nível institucional específico, envolve a criação de direitos (não existentes no plano material, portanto), com implementação de escolhas, subjacentes ao delineamento dos direitos, feitas no próprio nível institucional específico (à luz das circunstâncias particulares existentes neste nível).⁵³⁸ Desse modo, quando a tutela é concedida em circunstâncias em que ela não estava consolidada como previamente avaliável, ou as condições de sua concessão não se encontravam judicialmente especificadas com suficiente determinação para fins de possibilitar a asserção no sentido de que direitos substantivos irradiam-se em situações similares (devido à avaliabilidade da tutela

⁵³⁷ ZAKRZEWSKI, 2005, p. 100.

⁵³⁸ Rafal Zakrzewski menciona um exemplo de concessão de tutela jurisdicional não-replicativa de direitos substantivos: trata-se de caso judicial em que uma instituição financeira efetuou pagamento de determinada quantia monetária para certa autoridade local, pagamento feito em virtude de erro de direito. ZAKRZEWSKI, 2005, p. 58. A instituição financeira ajuizou demanda postulando a restituição do valor em questão. Os tribunais ingleses, porém, entendiam que o erro de direito não tinha o condão de servir de base para a restituição de quantia; no caso concreto, sem embargo, a tutela foi concedida. A instituição financeira, assim, não tinha direito substantivo à restituição (de modo prévio à emissão da decisão que veiculou a tutela na hipótese). A partir da decisão proferida no caso - que viabilizou a restituição de pagamento feito em virtude de erro de direito -, consolidou-se o entendimento no sentido da existência de direito substantivo à restituição de quantia em tais hipóteses, direito que passou a ser implementável mediante a concessão de tutela jurisdicional em circunstâncias similares. Segundo Zakrzewski, “this is so even though for years before this case, it was predicted that if the matter came up for decision, a right to the recovery of a payment made under a mistake of law would be recognized. This position was based on an interpretation of the law and the prevailing attitudes to the need for change. It demonstrates the truism that external principles impact on the development of the law and that we must understand them to fully understand the path that legal doctrine may take”. ZAKRZEWSKI, loc. cit. Os “princípios externos” aludidos por Zakrzewski incluem a elaboração dogmático-processual como metalinguagem que corresponde à instância de controlabilidade das decisões judiciais e, portanto, da relação entre direitos substantivos e tutelas jurisdicionais, à luz da replicabilidade, por estas, do conteúdo daqueles (em outros termos: a autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional).

em tais situações), pode-se afirmar que a tutela em questão enquadra-se na categoria daquelas que não replicam direitos substantivos. Entretanto, tal *status* pode vir a se alterar: devido ao desenvolvimento judicial do direito (cuja controlabilidade coloca-se como função social da processualística), a avaliabilidade da tutela pode vir a proporcionar a formulação de asserções verdadeiras quanto à irradiação de direitos substantivos⁵³⁹ quando da concretização das situações em que a tutela mostra-se avaliável;⁵⁴⁰ por conseguinte, a tutela em questão passa a se enquadrar na categoria daquelas que replicam o conteúdo de direitos substantivos.⁵⁴¹

A distinção entre tutela replicativa de direitos substantivos primários, tutela replicativa de direitos substantivos secundários e tutela transformativa deve ser vista como uma categorização que intenta dar conta da complexidade do fenômeno acerca da relação entre direito substantivo e tutela jurisdicional. Por isso, o modelo classificatório em questão, cumpre destacar, não propugna que as tutelas apresentem-se ou como (exclusivamente) replicativas (de direitos primários ou secundários) ou como (exclusivamente) transformativas: a relação é de primazia ou preponderância (ora a tutela apresenta cunho preponderantemente replicativo de direito primário ou secundário, ora apresenta cunho preponderantemente transformativo). Assim, a tutela jurisdicional ostenta, a rigor, uma combinação complexa de replicação (do conteúdo de direitos substantivos) e de não-replicação, combinação em que ora há a preponderância de replicação, ora há a preponderância de não-replicação, particularidade que permite o enquadramento classificatório correspondente.⁵⁴² Essa combinação associa-se com a própria autonomia e interdependência entre os planos da ordem jurídica (material e

⁵³⁹ “Statute may create a new legal right, say, to unemployment benefits. Such a right is logically prior to any process, and the creation of the right is primarily in order to confer an economic advantage, not to give rise to or even resolve disputes. Nonetheless, rights of this kind are not to be seen isolated from the process. True, the intention behind the creation of the right is the conferment of economic advantage, but what makes the right in question a legal right and not some other kind of right is precisely the availability of a process to resolve any dispute that may arise”. WATSON, Alan. *The nature of law*. Edinburgh: Edinburg University Press, 1977. p. 42.

⁵⁴⁰ Sobre as condições de verdade dos enunciados jurídicos no que concerne à processualística como metalinguagem do direito processual civil, vide Capítulo 10, 10.2. Conforme exposto, a função social da processualística depende da possibilidade de atribuição de valores de verdade para determinados enunciados jurídicos, particularidade que remete ao conceito de fato jurídico (fato objeto de descrição por meio de enunciados) como essencial à relação entre direito material e processo e, por conseguinte, ao conceito de tutela jurisdicional.

⁵⁴¹ Rafal Zakrzewski destaca que a distinção entre tutela replicativa e tutela transformativa altera o questionamento central concernente à concessão de tutela jurisdicional: de “1 - há uma (ameaça de) violação ao(s) direito(s) do demandante?; e 2 - quais as tutelas avaliáveis?” para “1 - quais os direitos primários e/ou secundários que governam a relação entre demandante e demandado?; e 2 - quais as tutelas avaliáveis para replicar ou transformar os direitos substantivos em questão?”. Segundo Zakrzewski, as tutelas “estão no início e no fim” do direito material: “beginning’ because the existence of substantive rights is inferred from their availability and ‘end’ because they are what every trial is geared towards”. ZAKRZEWSKI, 2005, p. 224.

⁵⁴² Do mesmo modo, a classificação das tutelas em declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva: por exemplo, a tutela condenatória é, a rigor, tutela preponderantemente condenatória (porque a decisão correspondente também veicula tutela declaratória), a tutela constitutiva é tutela preponderantemente constitutiva, e assim por diante.

processual). Outra questão a ser destacada diz respeito à classificação da tutela jurisdicional conforme sua eficácia (e efeitos), à luz do comumente conhecido modelo quinário (tutela declaratória, tutela constitutiva, tutela condenatória, tutela mandamental e tutela executiva): o modelo fundado no conceito de replicação não intenta substituir o modelo quinário; funciona como modelo heurístico que intenta captar o fenômeno da relação entre direito substantivo e tutela jurisdicional sob outra perspectiva (complementar), preservando, destarte, a possibilidade de entrecruzamento das categorias classificatórias. Nesse sentido, a tutela declaratória serve à replicação de um inespecífico direito subjetivo primário ou secundário; a tutela constitutiva serve à replicação de um direito potestativo (em princípio, primário, mas também de direito potestativos que exsurtem a partir da infringência de um dever) correlacionado a uma posição jurídica de sujeição; a tutela condenatória serve, em princípio, à replicação de um direito secundário correlacionado a uma obrigação pecuniária⁵⁴³ (que exsurte em virtude da violação de um direito primário);⁵⁴⁴ a tutela mandamental serve à replicação de um direito (em princípio, primário) correlacionado a uma obrigação de fazer ou de não fazer ou correlacionado a um dever absoluto; e a tutela executiva serve à replicação de um direito (em princípio, primário) correlacionado a uma obrigação de dar ou correlacionada a um dever de restituir ou, ainda, correlacionado a uma obrigação de prestar declaração de vontade.

Assim, conforme os exemplos de tutela contra o ilícito e a lesão correspondente,⁵⁴⁵ a tutela condenatória destina-se a reparar os danos materiais ou morais decorrentes de ato ilícito (replicação de direito substantivo secundário correlacionado a um dever reparatório); a tutela declaratória destina-se a conferir certeza para determinada relação jurídica (v.g., certeza em relação ao alcance de determinadas cláusulas contratuais) posta em dúvida (replicação de inespecífico direito primário ou secundário); a tutela desconstitutiva destina-se a desconstituir negócio anulável (replicação de direito postestativo, no caso, replicação de direito formativo

⁵⁴³ Frise-se que a obrigação pecuniária não diz respeito, apenas, à obrigação do pagamento de indenização por danos em virtude de ato ilícito (ou, excepcionalmente, em virtude de ato lícito do qual resultam danos) - ou seja, obrigação pecuniária correlacionada a um direito subjetivo secundário -; a obrigação pecuniária pode dizer respeito à obrigação correlacionada a um direito subjetivo primário, *verbi gratia*, obrigação do pagamento de débito contratual ou obrigação de restituição monetária (como no caso da obrigação de restituir dinheiro em virtude de pagamento indevido). (O direito subjetivo secundário, conforme exposto, exsurte a partir da violação de um direito primário correlacionado a uma obrigação pecuniária ou não-pecuniária. Assim, determinados direitos primários são efetiváveis a partir da efetivação do direito secundário exurgente da violação do direito primário a ele associado).

⁵⁴⁴ Essa particularidade evidencia o erro daqueles autores que insistem na assertiva no sentido de que as tutelas mandamental e executiva diferem da tutela condenatória apenas em relação aos “meios” de efetivação do conteúdo decisório respectivo.

⁵⁴⁵ Exemplos contidos em OLIVEIRA, 2008, p. 97.

extintivo); a tutela mandamental destina-se à reintegração de funcionário público afastado do cargo sem o devido processo administrativo (replicação de direito “líquido e certo” correlacionado ao dever da autoridade pública concernente à legalidade no exercício de suas atribuições competenciais); a tutela executiva destina-se à reintegração da posse de imóvel injustamente esbulhada (replicação de direito *in rem* correlacionado ao dever de abstenção de interferir na posse ou propriedade alheia). Conforme os exemplos de prevenção do ilícito e/ou lesão, a tutela mandamental destina-se a impedir ato ilícito de qualquer espécie (o titular da marca comercial quer inibir o uso da sua marca, independente de lesão: replicação de direito primário correlacionado ao dever de não-interferência no uso exclusivo de marca comercial alheia); a tutela mandamental destina-se a impedir ofensa à honra (prevenção do ilícito e da lesão a direito de personalidade: replicação de direito primário absoluto correlacionado ao dever de respeito à esfera jurídica correspondente à personalidade). Conforme os exemplos de prevenção do agravamento da lesão, a tutela executiva destina-se à apreensão de remédio falsificado, já distribuído às farmácias e consumido por alguns compradores (replicação de direito correlacionado ao dever associado às normas consumeristas e sanitárias); a tutela mandamental ou executiva (conforme o caso concreto) destina-se a impedir a continuação de poluição industrial (replicação do direito correlacionado ao dever associado às normas ambientais).⁵⁴⁶

No que concerne à tutela não-replicativa, uma decisão judicial que, por exemplo, não acolhe postulação no sentido da emissão de comando para fins de impedir a parte demandada de (continuar a) construir prédio que interfere na utilização plena da propriedade alheia, mas, apesar disso, emite comando no sentido do pagamento de indenização (compensatória) por danos caso estes venham a se concretizar em virtude da construção, veicula uma tutela de cunho não-replicativo (espécie de “condenação futura”). O dever de pagar a indenização somente exsurge na hipótese de concretização de danos, razão pela qual tal dever não existe de forma prévia à emissão da decisão judicial em questão. Nessa toada, uma decisão judicial que, por exemplo, fixa uma penalidade pecuniária em virtude do reconhecimento de responsabilidade civil rende ensejo à irradiação de um dever (e um direito a ele correlacionado) que não existe de forma prévia à emissão da decisão: o dever de pagar a quantia monetária fixada no comando (em virtude do reconhecimento da responsabilidade civil atribuída àquele condenado ao pagamento da quantia em questão). O mesmo pode ser dito em relação às *astreintes*: o dever de pagamento de quantia em virtude de multa diária não

⁵⁴⁶ Os dois últimos exemplos dizem respeito à categoria dos direitos subjetivos coletivos *lato sensu* (que incluem os direitos individuais homogêneos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos difusos).

está correlacionado com algum direito existente de forma prévia à cominação judicial correspondente.⁵⁴⁷ Diversas decisões judiciais proferidas no âmbito das controvérsias atinentes ao direito de família podem ser interpretadas como veículos de tutela de cunho não-replicativo: por exemplo, a decisão a respeito da divisão dos bens em virtude da dissolução de sociedade conjugal e as decisões concernentes à regulamentação das visitas aos filhos (tais decisões apresentam um caráter preponderantemente “coordenativo” ou “regulativo”).⁵⁴⁸ Os direitos e deveres, objeto de regulamentação, exsurtem a partir dela (decisão regulamentária), e não de forma prévia, portanto. O comando de pagamento de encargos processuais ou sucumbenciais também pode ser interpretado como veiculador de tutela não-replicativa: antes da emissão do comando, não há como afirmar a existência de um dever de pagamento da quantia atinente aos encargos em questão. Como se pode constatar a partir destes exemplos, e à exceção da tutela declaratória - que, por definição, serve à declaração de uma relação jurídica existente de forma prévia à decisão judicial -, as demais tutelas (notadamente, a constitutiva e a condenatória) não se limitam à replicação de direitos substantivos existentes de forma prévia à decisão judicial, particularidade que, conforme exposto, pode se alterar com o desenvolvimento judicial do direito, de molde a enquadrar a tutela na categoria daquelas que replicam o conteúdo de direitos substantivos: direitos que, portanto, se irradiam de fatos jurídicos distintos do fato jurídico-institucional correspondente à própria tutela jurisdicional, a partir da emissão de uma decisão judicial.

Nesse contexto, a relação entre direito substantivo e tutela jurisdicional a partir da noção de replicabilidade (do conteúdo do direito por meio da concessão da tutela) permite o delineamento da noção de tutelabilidade dos direitos, como noção associada à função social, referente à capacidade e possibilidade do emprego de meios e medidas de implementação ou efetivação de direitos que se mostrem suficientes para satisfazer determinada pauta socialmente vigente, cujo conteúdo reflete a aspiração social no sentido de fazer com que as restrições (previamente eleitas ou escolhidas) aos comportamentos das pessoas sejam operativas no plano empírico. A mensuração da tutelabilidade, vista nesse sentido, pode ser

⁵⁴⁷ Como se vê, a dicotomia entre replicação e não-replicação de direitos subjetivos substantivos decorre da autonomia (e da relação) entre os planos do ordenamento, da qual se torna possível falar em “capítulos de sentença”, como “unidades autônomas do decisório da sentença”: “é muito difícil conceber uma sentença sem mais de um capítulo, porque quase sempre algo há de ser decidido também quanto ao reembolso de despesas ou aos honorários da sucumbência (ainda que para negá-los)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 35.

⁵⁴⁸ Como é perceptível, em tais modalidades de decisão (“coordenativas” ou “regulativas”), o direito confere ao julgador um amplo espaço de discricionariedade decisória (no que concerne às questões atinentes aos menores, por exemplo, o estandar decisório corresponde à primazia do “interesse do menor”). Trata-se de exemplo da correlação entre não-replicação e amplitude do espaço de discricionariedade decisória, conforme anteriormente destacado.

colocada com base em três estágios: (1) estágio correspondente ao estado de coisas anterior à violação do direito considerado; (2) estágio correspondente ao estado de coisas posterior à violação do direito considerado; e (3) estágio correspondente ao estado de coisas posterior à implementação ou efetivação do direito em questão.⁵⁴⁹ O primeiro estágio associa-se às oportunidades de interação social (oportunidades que criam oportunidades de implementação de direitos subjetivos, assim como estas criam oportunidades de interação social; o grau de implementabilidade avaliável aumenta ou diminui conforme a extensão e a “profundidade” desta última modalidade de oportunidades). A tutelabilidade concernente ao estado de coisas anterior à violação do direito tem o condão de facilitar a cooperação social de diversas formas: ela embasa os mecanismos de trocas não-simultâneas; viabiliza a assunção de riscos e reduz os ônus sociais atinentes aos custos associados às precauções contra violações de direitos; possibilita a coordenação das ações coletivas (resolvendo os correspondentes problemas de coordenação ou prevenindo o surgimento de tais problemas); impede a formação de formas socialmente perniciosas de cooperação social (que dificultam o desenvolvimento das formas mais gerais de cooperação); e, ainda, apresenta-se como meio de instanciação das formas de justiça distributiva que preservam o senso geral de comunidade.

A tutelabilidade concernente ao estado de coisas posterior à violação do direito tem o condão de facilitar o conflito social (contraposto ao conflito “anti-social”): tal estágio não diz respeito à necessidade de fornecer aos potenciais violadores de direitos (ou de determinado direito) os meios a partir dos quais eles podem assumir o compromisso de atuação social em determinado sentido, assim como não diz respeito ao “encorajamento” dos beneficiários (ou titulares) de direitos (ou de determinado direito) no sentido da assunção de riscos que, de outra forma (ou sob outras circunstâncias), eles não assumiriam; ainda, não diz respeito aos “ajustes” que devem ser implementados em relação aos comportamentos não-cooperativos ou não-coordenados. Tais questões associam-se à tutelabilidade concernente ao estado de coisas anterior à violação do direito. Segundo Mark Reiff, o propósito subjacente à existência de um sistema de direitos tuteláveis (concernente ao estágio correspondente ao estado de coisas posterior à violação) não é facilitar a cooperação social - uma vez que a violação do(s)

⁵⁴⁹ REIFF, Mark. *Punishment, compensation, and law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 46. Marco Jimenez classifica as tutelas jurisdicionais (*remedies*) à luz de quatro “interesses”: o restaurativo, o retributivo, o coercivo e o protetivo. O primeiro diz com a perspectiva daquele que sofreu a violação do direito, sob o aspecto temporal *ex post* (por exemplo, o pagamento de quantia a título indenizatório); o segundo diz com a perspectiva daquele que violou o direito, sob o aspecto temporal *ex post* (como exemplo, os *punitive damages*); o terceiro diz com a perspectiva daquele que violou o direito, sob o aspecto temporal *ex ante* (o autor dá como exemplo o *contempt of court*); por fim, o quarto diz com a perspectiva daquele que sofreu a violação do direito, sob o aspecto temporal *ex ante* (v. g., as *injunctions*). JIMENEZ, Marco Jimenez. Remedial consilience. *Emory Law Journal*, Research paper 2012-2010, 2012.

direito(s) já se concretizou, circunstância que revela a “quebra” de um particular aspecto da cooperação social -, mas facilitar o conflito social; ou seja, o propósito é tornar o conflito menos prejudicial à cooperação social existente de modo mais generalizado, de molde a preservar as bases da coesão social.⁵⁵⁰ Trata-se de evitar a dispersão, o aprofundamento e a continuidade de um conflito anti-social (destrutivo às bases da coesão social), possibilitando que o conflito configure-se de modo a tornar possível (e provável) o retorno (ou a “restauração”) do nível de cooperação social existente no estágio correspondente ao estado de coisas anterior à violação do direito.

O estágio correspondente ao estado de coisas posterior à implementação ou efetivação do direito caracteriza-se pela condição de aceitação. A aceitação ocorre quando, independentemente dos resultados das atividades realizadas para fins de efetivação do direito e da avaliabilidade de outros meios ou medidas de efetivação, as pessoas envolvidas no conflito mostram-se dispostas, por meio de suas condutas, ao retorno do nível (aproximado) de cooperação social existente anteriormente à violação do direito (que rendeu ensejo ao conflito). A aceitação pode se basear em razões extrínsecas - razões não relacionadas com o nível de implementabilidade avaliável para um direito subjetivo específico -: por exemplo, a aceitação fundada na crença da inexistência de outros meios disponíveis de efetivação do direito ou a disposição (que pode ser motivada pela ameaça de sanções) de abdicar do uso de meios ilegais de retaliação.⁵⁵¹ Ainda, pode a aceitação basear-se em razões intrínsecas, a partir do reconhecimento de que o estado de coisas resultantes da efetivação do direito é, ao menos parcialmente ou em determinado sentido, equânime ou legitimamente justificado. Esta forma de aceitação funda-se, assim, em razões relacionadas ao nível de implementabilidade avaliável para um direito subjetivo específico. Um grau mínimo de aceitação do resultado da efetivação do direito, pelas pessoas envolvidas no conflito, consubstancia-se como condição necessária para fins de restabelecimento do nível (aproximado) de cooperação social existente anteriormente à violação do direito, particularidade que não implica a irreversibilidade da restauração do estado de coisas posterior para o nível de cooperação social anterior à violação: *verbi gratia*, a aceitação baseada no exaurimento dos meios avaliáveis de efetivação pode ser revertida na hipótese de avaliabilidade de novos mecanismos ou medidas de implementação do direito. A aceitação configura-se, portanto, como uma reflexão (ou

⁵⁵⁰ REIFF, 2005, p. 74.

⁵⁵¹ Quanto à aceitação, importa destacar que o violador de determinado direito tem o direito de que não sejam utilizados, em seu desfavor, meios ilegais de efetivação do direito objeto de sua violação.

valoração) do indivíduo a respeito das expectativas acerca da implementabilidade dos direitos (e não como um requerimento “robusto de certeza”, portanto).⁵⁵²

A tutelabilidade concernente ao estado de coisas anterior à violação do direito associa-se de modo primário à viabilização da cooperação social e, de modo secundário, à prevenção da violação do direito tutelável. Considerar um direito como tutelável, nesse sentido, não significa que as medidas avaliáveis de sancionamento sejam realmente suficientes para prevenir grande parte das violações ao direito; significa que a probabilidade (de sancionamento) mostra-se suficiente (em grau inversamente proporcional ao correlato risco de violação) para tornar possível, ao potencial violador do direito, assumir o compromisso no sentido de respeitar o direito (ou de realizar o dever a ele correlacionado) e, assim, tornar possível ao beneficiário (ou titular) do direito assumir determinados riscos de violação que, de outra forma, ele não assumiria (ao adotar determinadas medidas precaucionárias incongruentes com um nível ótimo de interação social). O foco da prevenção, portanto, dirige-se às preferências do potencial violador do direito, enquanto o foco da tutelabilidade dirige-se às crenças racionais do beneficiário (ou titular) do direito. Desse modo, o foco da tutelabilidade não se dirige, de modo primário, à preferência do potencial violador pela manutenção do estado de coisas anterior à violação do direito; dirige-se no sentido de fazer com que o beneficiário do direito acredite, racionalmente, que o potencial violador preferirá se manter no estado de coisas anterior à violação. Tal crença implica a possibilidade de assunção de riscos de violação do direito que proporciona a obtenção de um nível mais elevado de cooperação social (tendo em vista, outrossim, a maximização das chances de restauração do nível cooperativo existente antes da violação caso esta venha a ocorrer).

A tutelabilidade concernente ao estado de coisas anterior à violação, portanto, depende do fato de que o beneficiário tenha a crença na verdade a respeito das preferências pela manutenção desse estado de coisas, e não com a (estrita) correspondência desta crença com a realidade. Significa dizer: é a presença da crença que tem o condão de proporcionar a conduta do beneficiário, associada à manutenção do estado de coisas em questão, e não as reais preferências do potencial violador. Evidentemente, para que a crença venha (provavelmente) a ser verdadeira, é preciso que o beneficiário efetivamente tenha a crença, e a formação de tal crença está associada com a existência de preferências dos potenciais violadores pela manutenção do estado de coisas anterior à violação. A crença pode vir a se revelar como falsa,

⁵⁵² REIFF, 2005, p. 75. Reiff aduz: “although it is possible to move from the postviolation state of affairs to a postenforcement restoration of previolation levels of social cooperation and back again, as long as the parties have no current expectation of such a move in the near future, we may properly characterize the state of affairs that obtains as postenforcement”. REIFF, loc. cit.

particularidade que, entretanto, não infirma a adoção das condutas associadas à tutelabilidade do direito. Assim, a relação entre as preferências de potenciais violadores e as crenças dos beneficiários diz respeito à relação entre a experiência prévia destes no que concerne ao direito levado em consideração, bem como as mudanças nas condições atinentes ao processo de formação de suas crenças a respeito da (não-)violação. As crenças dos beneficiários não precisam ser verdadeiras quanto a um caso específico (objeto de consideração), mas precisam ser racionalmente formadas, ou seja, suportadas pela correlação entre experiência prévia e as atuais condições (de formação das crenças). Se a formação da crença associa-se com outra no sentido de que, à luz da experiência prévia, das oportunidades de violação não decorreram as respectivas concretizações (de infringência ao direito), o beneficiário passa a crer que outros beneficiários, expostos às similares oportunidades de violação em similares circunstâncias, possuem a mesma experiência prévia. Em sendo este o caso, a crença atual do beneficiário quanto às preferências pela manutenção do estado de coisas anterior à violação pode ser considerada como racional, tornando a tutelabilidade do direito independente do fato de que tal crença seja, em uma hipótese especificamente considerada, verdadeira ou falsa (a respeito do estado de coisas em questão). Estas considerações mostram a importância da avaliabilidade das tutelas jurisdicionais em relação às (ameaças de) violações dos direitos: tal avaliabilidade corresponde à “descarga”, para os beneficiários, quanto à necessidade de contínua mensuração da implementabilidade de determinado direito levado em consideração, porquanto eles podem assumir que tal mensuração já foi realizada (ao menos em um nível abstrato ou genérico), e ela se mostra suficiente, *prima facie*, para proporcionar a preferência pelo estado de coisas anterior à violação. A “descarga”, então, corresponde à desnecessidade, para o beneficiário do direito, de revisar seus “cálculos” quanto às preferências por tal estado de coisas em todas as circunstâncias em que ele se confrontar, atuando a partir da crença de que os demais têm a mesma preferência pelo estado de coisas em questão.

Sem embargo, a mensuração da tutelabilidade concernente ao estado de coisas anterior à violação não se limita à comparação entre o benefício que o violador tem como expectativa obter com a violação do direito e o custo (ou malefício) que poderá recair sobre ele em virtude da efetivação do direito; também inclui a comparação entre o ônus que poderá recair sobre o titular do direito em virtude da violação e o benefício que ele tem como expectativa obter com a efetivação do direito. A primeira comparação direciona-se à geração da preferência, entre potenciais violadores, pela manutenção do estado de coisas anterior à violação; a segunda comparação direciona-se à geração de indiferença, entre os titulares (ou beneficiários), quanto à possibilidade de violação do direito. No primeiro caso, a tutelabilidade associa-se à crença

racional do beneficiário no sentido da existência de preferência, entre potenciais violadores, pela manutenção do estado de coisas anterior à violação; no segundo caso, a tutelabilidade associa-se à indiferença racional do beneficiário quanto à violação do direito. O propósito subjacente à tutelabilidade concernente ao estado de coisas anterior à violação corresponde ao “encorajamento” do beneficiário para que ele atue no sentido de considerar que o seu direito não será violado; tal conduta decorre da formação de expectativas no beneficiário, no sentido de que determinado estado de coisas será obtido. Um modo de proporcionar a expectativa aludida é fazendo com que o beneficiário forme a crença no sentido de que os potenciais violadores preferirão a manutenção do estado de coisas em que não há a violação ao direito; outro modo de fazer com que o beneficiário atue no sentido de considerar que o seu direito não será violado é proporcionando a formação da expectativa racional - à luz da possibilidade de implementação de medidas substitutivo-compensatórias - quanto à concretização de um estado de coisas igualmente desejável, independentemente da circunstância atinente à violação do direito. Em tal hipótese, ainda que os potenciais violadores não tenham a preferência pela manutenção do estado de coisas anterior à violação, eles não têm o poder de concretizar um estado de coisas que seja substancialmente diferente daquele desejado pelo beneficiário - gerando “indiferença racional” -, particularidade que possibilita a assunção, por este, de riscos de violação (evitando, pois, a adoção de medidas precaucionárias excessivas), fundamental à obtenção de um nível ótimo de interação social, associado ao grau de probabilidade de violação do direito que o beneficiário reputa como razoavelmente aceitável. A indiferença racional depende da determinação a respeito de quais alterações na situação do titular do direito constituem ônus (ou malefícios) e quais constituem benefícios, dependendo, ainda, da determinação a respeito de quais ônus são atribuíveis à violação e quais benefícios são atribuíveis à efetivação do direito. A determinação de tais variáveis correlaciona a obtenção de indiferença racional dos beneficiários de direitos com a comensurabilidade entre o valor subjacente ao direito no estado de coisas anterior à violação e o valor subjacente ao direito no estado de coisas posterior à violação.⁵⁵³ Nesse sentido, e conforme exposto no

⁵⁵³ A geração da indiferença racional (entre os estados de coisas anterior e posterior à violação do direito) depende da existência de medidas substitutivas que se mostrem adequadas para compensar suficientemente os danos decorrentes da violação; esta adequação quanto às medidas substitutivas, por seu turno, são essenciais à aceitação - como condição que caracteriza o estado de coisas posterior à efetivação do direito - que implica a necessidade de que as medidas em questão ostentem, sob o ponto de vista do beneficiário do direito, uma significação moral. Tendo em vista as diversas limitações inerentes à compensabilidade (notadamente a natureza de determinados bens jurídicos lesionados) ou à compensação (como, por exemplo, a impossibilidade, para o violador, de efetuar o pagamento de quantia compensatória), tal significação moral pode não se mostrar suficiente à geração de indiferença racional, circunstância que justifica a avaliabilidade de medidas sancionatórias que “preenchem o espaço” como resposta jurídica aos danos não-compensados (ou não-compensáveis) sofridos pelo beneficiário. (As medidas sancionatórias devem ser produtoras de um

Capítulo 8, 8.2, a função social da processualística exsurge da comensurabilização entre o valor subjacente à tutela material e o valor subjacente à tutela jurisdicional (“TVC”), comensurabilização a partir da qual se estabiliza a replicabilidade de direitos substantivos (primários e secundários) e, por conseguinte, a comensurabilidade entre o valor subjacente ao direito nos dois estados de coisas aludidos e o valor subjacente ao direito no estado de coisas posterior à efetivação jurisdicional do direito.

Assim, em relação à tutelabilidade concernente ao estado de coisas anterior à violação, as medidas sancionatórias/retributivas avaliáveis devem se mostrar suficientes para produzir a preferência pela manutenção do estado de coisas, ou as medidas substitutivo-compensatórias avaliáveis devem se mostrar suficientes para produzir indiferença quanto à violação; em relação à tutelabilidade concernente ao estado de coisas posterior à violação, nenhuma medida sancionatória/retributiva será necessária se as medidas substitutivo-compensatórias avaliáveis forem suficientes para produzir indiferença no beneficiário quanto à violação do direito, assim como as medidas substitutivo-compensatórias podem não ser exigidas se as medidas sancionatórias/retributivas avaliáveis forem produtoras de um sancionamento (ou retribuição) cuja repercussão ao violador ostente um grau de equivalência em relação à repercussão dos danos não-compensáveis (ou não-compensados) sofridos pelo beneficiário.

A existência formal de meios de efetivação de determinado direito não implica, por si só, a tutelabilidade do direito em questão: para tanto, tais meios devem ser exercitáveis. Para que os meios sejam considerados exercitáveis no estado de coisas anterior à violação, o beneficiário precisa racionalmente crer na existência de expectativa, por parte dos potenciais violadores, no sentido de que ele (beneficiário) utilizará tais meios de efetivação caso a violação do direito ocorra. Desse modo, a avaliabilidade dos meios de efetivação tem o condão de afetar a conduta dos potenciais violadores no estado de coisas anterior à violação e, portanto, possibilitar a formação racional de expectativas por parte do beneficiário. Para que os meios sejam considerados exercitáveis no estado de coisas posterior à violação, o uso de tais meios não deve redundar em custos⁵⁵⁴ que se mostrem elevados ao ponto de inviabilizar que as medidas sancionatórias/retributivas e as medidas substitutivo-compensatórias sejam

sancionamento cuja repercussão ao violador ostente um grau de equivalência em relação à repercussão dos danos não-compensados, ou não-compensáveis, sofridos pelo beneficiário. A dificuldade, ou a impossibilidade, de obtenção de indiferença racional implica a priorização de tutelas de cunho preventivo, tal como ocorre, *verbi gratia*, no âmbito do direito ambiental). Trata-se de um problema - correlação entre a indiferença racional, a significação moral e a condição de aceitação pós-efetivação do direito - de comensurabilização entre o valor subjacente à tutela material e o valor subjacente à tutela jurisdicional.

⁵⁵⁴ “Custos” aqui em sentido amplo (não limitados, portanto, aos custos estritamente monetários).

valoradas com a significação moral configuradora da condição de aceitação do resultado da efetivação do direito subjetivo.

No estado de coisas anterior à violação, um direito pode ser considerado como tutelável, à luz do exposto, se o beneficiário ou titular do direito possuir a crença racional quanto à existência de preferência, entre os potenciais violadores, pela manutenção do estado de coisas, ou se o beneficiário possuir indiferença racional quanto à violação do direito; no estado de coisas posterior à violação, o direito pode ser considerado como tutelável, no sentido delineado, se as medidas sancionatórias/retributivas e as medidas substitutivo-compensatórias avaliáveis apresentarem uma magnitude - em seu “impacto” aplicativo - que ostente o condão de atingir um grau suficiente de significação moral, imprescindível à obtenção da condição de aceitação no estágio pós-efetivação do direito. O direito não-tutelável, segundo tais critérios, pode ser denominado de “direito nominal”. Todavia, o fato de determinado direito enquadrar-se como nominal não implica que ele não possa apresentar um valor básico subjacente,⁵⁵⁵ valor este que, associado às alterações que podem ocorrer nas condições (ou na avaliabilidade) a respeito dos meios e medidas de efetivação dos direitos, torna possível que o direito em questão venha a se tornar tutelável. Nesse sentido, da potencialidade de “transformação” de um direito nominal para um direito tutelável decorre a configuração da tutelabilidade como uma propriedade que pode existir independentemente da existência de um direito: os meios de efetivação dos direitos, incluindo os meios próprios do processo judicial, podem vir a ser (disfuncionalmente) utilizados para “efetivar a vontade” daquele que alega ser beneficiário ou titular de um direito. Assim, a possibilidade de distinguir entre um direito nominal e uma mera manifestação de vontade (ou desejo) de um indivíduo implica a possibilidade de “isolar” valor subjacente aos direitos de forma independente dos poderes de implementação ou efetivação a eles associados. Este “isolamento” estabiliza o modo pelo qual os direitos se diferenciam de outras fontes de restrição aos comportamentos sociais, diferença associada ao fato de que o valor subjacente aos direitos não decorre apenas de sua implementabilidade concreta. Significa dizer: aquilo que (axiologicamente) “importa” em relação aos direitos não se resume àquilo que os tornam operativos no plano empírico.⁵⁵⁶

⁵⁵⁵ REIFF, 2005, p. 234. Nota George Rainbolt que “enforcement is not necessary for a right to exist; a right that X do A is distinct from a right that another person force X to do A”. RAINBOLT, 2006, p. 151.

⁵⁵⁶ REIFF, 2005, p. 241. No ponto, Reiff assevera que a maneira de distinguir um direito nominal da mera vontade está no fato de que o primeiro estabiliza uma pauta comunitária - e não meramente individual - a partir da qual se julga a aceitabilidade da conduta dos membros da sociedade. O desrespeito a um direito nominal e o desrespeito à mera vontade podem render ensejo ao desejo de retaliação, mas a violação de um direito, por definição, fornece ao beneficiário uma razão cujo caráter público ele pode utilizar, perante outros, para justificar

Do exposto a respeito da associação entre tutelabilidade dos direitos e manutenção ou restauração de um estado de coisas (axiologicamente) desejável do ponto de vista da cooperação social, e com base na vinculação entre dogmática processual (metalinguagem) e tutela dos direitos (como tutela fundada na replicabilidade do conteúdo de direitos substantivos primários e secundários) - vinculação que reflete aquela existente entre função jurisdicional (no plano da linguagem-objeto) e tutela dos direitos -, pode-se assentar a formulação da “tese da tutelabilidade”:

(TT): a função social da processualística identifica-se com a tutelabilidade dos direitos.

12 REPLICABILIDADE DE DIREITOS COMO CONTROLABILIDADE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

A decidibilidade jurídica coloca-se como problema central da dogmática na medida da imprescindibilidade desta à formulação de modelos em geral (modelagem dogmática da experiência jurídica) e de modelos de decisão judicial em especial. Em relação aos modelos de decisão judicial, sua formulação pode ser vista em termos de controlabilidade da função jurisdicional, a partir da qual se funda a autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional. A noção de função social da dogmática processual (em especial) envolve a mesma “tensão” existente na noção de função social da dogmática jurídica (em geral): a manutenção dogmática da identidade e da autonomia da juridicidade depende da abstração das consequências sociais das decisões jurídicas; porém, a funcionalidade do direito (como linguagem-objeto) - e, por conseguinte, a funcionalidade da dogmática (como metalinguagem) - não pode prescindir da incorporação de tais consequências (forte no caráter dinâmico do sistema jurídico). Essa “tensão”, no que concerne à processualística, pode ser vista como uma bifurcação entre a análise interna e a análise externa da relação entre direito

seu desejo de retaliação, e tal razão pública não exsurge do desrespeito de uma mera vontade individual. Do desrespeito a um direito nominal decorre determinada razão de caráter público para a adoção de certa conduta; do desrespeito a uma mera vontade decorre apenas razões individuais para a adoção de certa conduta e, em muitos casos, tais razões não se mostram aceitáveis para os demais membros da comunidade. Um direito, assim, corresponde a uma “validação comunitária” de um particular interesse individual (como expressão da coincidência, ao menos de forma aproximativa, entre os interesses do indivíduo e os interesses da comunidade); a mera vontade, por seu turno, corresponde apenas à expressão de um interesse individual. Nesses moldes, o papel da tutelabilidade, segundo Reiff, é “activate this communal interest and give it effect in the world, and put whatever plans we have for our society and have embodied in our law in motion”. Ibidem, p. 242.

material e processo:⁵⁵⁷ a interna diz respeito à perspectiva cujos critérios (de adequação) condutores de análise não são determinados pelas consequências, expressas nos resultados decisórios, da aplicação dos critérios em questão; a externa diz respeito à perspectiva cujos critérios (adequação) condutores de análise são determinados por tais consequências (à luz de determinadas finalidades, fixadas como objetivos a serem atingidos pelos resultados decisórios). Nesse sentido, a autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional funda-se na replicabilidade de direitos como controlabilidade da função jurisdicional, em termos de equacionamento entre as análises externa e interna. Esse equacionamento pode ser perspectivado a partir da noção de justiça como “virtude explanatória” da função jurisdicional, consoante as formas substantivas (justiça corretiva, distributiva, retributiva, preventiva e reversiva) e a forma processual (justiça processual). O equacionamento reporta-se à associação entre a função jurisdicional e o conceito de tutela dos direitos, bem como se reporta à problemática - incluída no âmbito da justiça processual - atinente à alocação do risco de erro no processo judicial.

12.1 JUSTIÇA CORRETIVA, REVERSIVA, DISTRIBUTIVA, RETRIBUTIVA E PREVENTIVA

Sendo a justiça a “virtude explanatória” da função jurisdicional, mostra-se analiticamente relevante a especificação das formas de justiça, como modalidades a partir dos quais se revela o fundamento da relação entre os direitos substantivos (primários e secundários) e a tutela jurisdicional. As normas de justiça são, fundamentalmente, normas morais atinentes às questões alocativas (questões a respeito de quais sujeitos devem ganhar ou obter quanto, ou em que extensão, de determinados recursos, vantagens, direitos ou bens, e sob quais fundamentos ou critérios).⁵⁵⁸ A justiça corretiva concerne à reparação, retificação ou correção de atos ilícitos (ou antijurídicos), correção de danos decorrentes de atos ilícitos ou correção de danos decorrentes de atos lícitos; esta modalidade de justiça apresenta um modo característico de operação ou tratamento entre indivíduos ou sujeitos de direito, que envolve

⁵⁵⁷ A relação entre a análise interna e externa reflete a relação entre verdade (de enunciados jurídicos) e eficácia (social) das normas jurídicas, imprescindível para dar conta da complexidade do fenômeno da tutela jurisdicional.

⁵⁵⁸ Recursos, vantagens, direitos ou bens em que os sujeitos têm interesses conflitantes, e que são potencialmente transferíveis ou transmissíveis.

uma relação aritmética. Assim, por exemplo, se A subtraiu, antijuridicamente, quatro limões de B, a justiça corretiva entre tais indivíduos propugna o dever de A de entregar (ou devolver) quatro limões a B, ou o dever de oferecimento do seu equivalente em valor pecuniário. A justiça corretiva, nesses moldes, diz respeito a um tipo específico de questão alocativa: ela envolve um “retorno de alocação” de um sujeito de direito para outro. A questão da justiça corretiva, assim, não diz respeito à extensão, à forma e ao fundamento (razão) da alocação que deve ser realizada *ab ovo* - essa é a questão da justiça distributiva -; diz respeito à extensão, à forma e ao fundamento (razão) do retorno de alocação que deve ser realizada de um sujeito de direito para outro, corrigindo uma transação anteriormente concretizada entre tais sujeitos. Tal modalidade de justiça regula as ações da pessoa a partir de quem o retorno (ou “transferência”) deve ser implementado, ou outra pessoa atuando como intermediária (ou em nome) daquela.

A compreensão acerca da justiça corretiva associa-se à distinção entre direitos primários (correlacionados a deveres ou obrigações primárias) e direitos secundários (correlacionados a deveres ou obrigações secundárias), à luz da “tese da continuidade”:⁵⁵⁹ *ceteris paribus*, as razões que justificam uma obrigação primária também justificam uma obrigação secundária, quando a obrigação primária não for objeto de cumprimento. As razões que contribuem para a obrigatoriedade de determinada conduta - como conteúdo de uma obrigação primária - podem ser atendidas de modo mais ou menos perfeito a partir da realização de uma conduta que conforma o conteúdo da obrigação secundária: a existência desta implica a persistência da possibilidade de atender, em certo grau, as razões para a ação que suportam a obrigação originária (tendo em vista que toda razão para a ação é

⁵⁵⁹ GARDNER, John. What is tort law for? Part. 1. The place of corrective justice. *30 Law & Phil*, v. 1 n., 11, 2011. A “satisfação” das razões que suportam a obrigação primária por meio do cumprimento da obrigação secundária é denominada por Gardner de “next-best satisfaction”: “once the time for performance of a primary obligation is past, so that it can no longer be performed, one can often nevertheless still contribute to satisfaction of some or all of the reasons that added up to make the action obligatory. Those reasons, not having been satisfied by performance of the primary obligation, are still with us awaiting satisfaction and since they cannot now be satisfied by performance of that obligation, they call for satisfaction in some other way. They call for next-best satisfaction, the closest to full satisfaction that is still available. We need to know the rationale of the obligation, of course, so that we can work out what counts as next best. But once we have it we also have the rationale, all else being equal, for a secondary obligation, which is an obligation to do the next-best thing. If all else is equal, the reasons that were capable of justifying a primary obligation are also capable of justifying a secondary one”, *ob. cit.*, p. 40. Ernest Weinrib, de seu turno, assinala que a conduta juridicamente requerida antes do cometimento do ilícito é distinta daquela requerida após o cometimento do ato; entretanto, as diferentes condutas relacionam-se por meio de uma singular sequência normativa em que o dever mantém a continuidade correlativa ao direito. Assim, a distinção entre direito primário e direito secundário corresponde aos diferentes estágios da relação (ou conexão normativa) entre os sujeitos de direito. Para Weinrib, a continuidade do direito substantivo reflete a máxima *ubi ius ibi remedium* (“where there is a right, there is a remedy”), e não a máxima *ubi ius olim fuit ibi remedium erit* (“where there was once a right, there will be a remedy”). WEINRIB, Ernest. Two conceptions of remedies. In: RICKETT, Charles (Org.). *Justifying private law remedies*. Portland: Hart Publishing, 2008. p. 14.

potencialmente uma razão para múltiplas ações; as obrigações em especial, e as normas em geral, são individualizadas conforme a ação que elas tornam obrigatórias). Em outros termos: a obrigação secundária consubstancia um “eco” racional da obrigação primária, porquanto aquela existe para servir, na medida em que ainda se mostrar possível, às razões que suportam esta, não devidamente cumprida. Assim, por exemplo, o pagamento de valor a título de reparação por danos materiais que alguém - com violação de dever - causou a outrem se consubstancia como o melhor - ainda avaliável - meio de conformidade com as razões pelas quais alguém se encontra (primariamente) obrigado.

Do exposto se constata que a tese da continuidade, além de servir à compreensão da justiça corretiva, serve à elucidação da relação entre direito substantivo e tutela jurisdicional (como resultado da atividade judicial); sem embargo, a relação entre direito material e direito processual, além da tese da continuidade, funda-se no direito (constitucional) de ação⁵⁶⁰ (mediante a alegação de violação ou ameaça de violação a direito, alegação componente da causa de pedir que conforma a demanda judicial), que inclui o poder de dar início ao processo cujo resultado (em sendo favorável àquele que alegou o direito) corresponde à implementação do direito substantivo (cuja alegação de violação ou ameaça de violação justificou o início e a continuidade do processo até o seu final). Assim, a relação entre direito substantivo e tutela jurisdicional na perspectiva das modalidades de justiça substancial - como fundamento normativo - diz respeito à atribuição de poder jurídico aos sujeitos de direito para fins de implementar a justiça (notadamente, a reversiva, a corretiva, a preventiva e a retributiva)⁵⁶¹ por meio dos órgãos jurisdicionais (como órgão imparcial investido de poder estatal, legitimado ao uso da coerção). O resultado e o direito subjetivo, portanto, se encontram em relação de continuidade, como relação subjacente à replicabilidade do conteúdo do direito pela tutela jurisdicional: é a partir de tal relação que se pode inferir conclusões a respeito daquilo que conta como tutela apropriada ao direito substantivo que conforma o objeto do processo judicial, conclusões concernentes à decisão acerca de qual medida de conformidade com as razões subjacentes ao direito (e à obrigação a ele correlacionada) mostra-se como a melhor (*next-best thing*) e ainda possível - comensurável com as razões subjacentes à tutela - de ser efetivada. Ao plano do direito processual (linguagem-objeto da processualística) incumbe a tarefa correspondente ao delineamento dos mecanismos de restauração (e implementação) dos direitos substantivos por meio de métodos de mensuração dos valores a eles subjacentes, de avaliação da concorrência de tutelas quando existir inconsistência

⁵⁶⁰ Destaque-se que o direito de ação não deve ser confundido com os direitos substantivos secundários.

⁵⁶¹ A inclusão da justiça distributiva será posteriormente problematizada.

normativa em relação a mais de um tipo de direito e de avaliação das circunstâncias em que o objeto do direito apresenta distintividade cuja manutenção (ou preservação da integridade) exige restauração do direito de forma qualitativa (e não quantitativa).⁵⁶²

Nesse contexto, as formas de justiça correspondem aos regimes normativos dos direitos e dos seus deveres correlativos; a concessão de tutela jurisdicional intenta “remover” determinada inconsistência com o direito substantivo do sujeito (favorecido pela concessão da tutela) por meio da emissão de comando ao outro sujeito (desfavorecido pela concessão da tutela) para que este restaure a posição normativa daquele conforme o direito substantivo, quando tal comando se mostrar necessário à “remoção” da inconsistência. A diversidade de tutelas reflete os diferentes modos de restauração daquilo que é conforme o direito substantivo. Nesse sentido, a restauração do direito apresenta-se sob duas formas: (a) a qualitativa; (b) a quantitativa. A forma qualitativa restaura - ao favorecido pela tutela - o direito por meio do seu específico objeto, proporcionando que o titular usufrua a qualidade específica do bem jurídico. A tutela que emite comando de entrega do bem específico que constitui o objeto de determinada prestação, aquela que emite comando de cumprimento específico de obrigação contratual e aquela que emite comando de proteção da posse de um bem consubstanciam exemplos da forma qualitativa. A forma quantitativa restaura - ao favorecido pela tutela - o direito por meio de medidas substitutivas (equivalentes monetários), tal como a tutela que condena ao pagamento de valor a título de indenização por danos. Para Ernest Weinrib, ambas as formas de restauração exemplificam a continuidade entre direito substantivo e tutela jurisdicional.⁵⁶³ O fato jurídico componente da causa de pedir consubstancia a razão - e não a condição⁵⁶⁴ - para a concessão da tutela jurisdicional: a razão

⁵⁶² Segundo Ernest Weinrib, a “restauração” do direito substantivo pela tutela jurisdicional denota o exercício, pelo direito, de duas funções. A primeira diz respeito à “remoção” da inconsistência com o direito, sob o ponto de vista dos sujeitos juridicamente correlacionados. A segunda diz respeito ao caráter público e autoritativo que a decisão judicial confere à (estrutura bipolar da) inconsistência com o direito. A confirmação pública pressupõe a inconsistência com o direito; a efetividade da “remoção” ou “eliminação” da inconsistência depende da avaliabilidade de uma tutela concedida por meio de processo cuja decisão ostenta caráter público e autoritativo. Assim, a tutela é um produto de um processo público em que a inconsistência com o direito consubstancia a razão da emissão do comando judicial, que “atesta”, de modo autoritativo, a natureza do direito, bem como o tipo de evento ou fato que se mostra com ela (natureza do direito) inconsistente. WEINRIB, 2008, p. 16.

⁵⁶³ WEINRIB, 2008, p. 15 (“the continuity of right and remedy also holds for the various kinds of damages that figure in the quantitative form of restoration: substitutive damages, nominal damages, consequential damages, gain-based damages, and aggravated damages”). As diferentes modalidades de danos refletem os diferentes vínculos (e, por conseguinte, os distintos modos de exercício) associados aos direitos substantivos, incluindo o vínculo caracterizado pela preservação da integridade do bem jurídico objeto do direito, o vínculo caracterizado pela inviolabilidade do bem independentemente da concretização de prejuízos econômicos e o vínculo caracterizado pela dignidade da esfera jurídica do titular do direito.

⁵⁶⁴ O fato jurídico componente da causa de pedir seria vista como condição da tutela caso sua ocorrência indicasse a avaliabilidade da tutela sem determinar seu escopo; desse modo, da tutela exsurgiriam considerações independentes ou até inconsistentes com o fato jurídico. A tese da continuidade rejeita a concepção do fato

subjacente ao direito exsurgente do fato jurídico é a razão da tutela, determinativa do seu escopo. Tendo em vista que a tutela não pode ir além da razão que justifica sua existência, sua estrutura e seu conteúdo mostram-se correlacionados - em continuidade - com a estrutura e conteúdo do fato jurídico componente da causa de pedir. Consequentemente, a injustiça a ser “remediada” (ou a inconsistência com o direito a ser “removida”) determina aquilo que deve ser incluído no comando judicial e, conversamente, as considerações normativas que são irrelevantes em relação ao fato jurídico em questão não devem figurar no âmbito da tutela (assim, por exemplo, a natureza do ilícito determina aquilo que conta como correção ou reversão do ato e/ou dos seus efeitos). Para eliminar a inconsistência com o direito, a tutela precisa replicar a estrutura da inconsistência; ao definir a tutela, o direito substantivo também a limita: aquilo que não se encontra no escopo do direito não pode ser incluído na tutela, porquanto ao desfavorecido (pela concessão da tutela) não pode recair um dever correlativo de restaurar algo em desconformidade com o direito.

A respeito da relação entre direito substantivo (como efeito de um fato jurídico) e tutela jurisdicional, Weinrib ressalta que determinado direito existe no âmbito de um compreensivo sistema de direitos subjetivos. Os direitos, como manifestações jurídicas da liberdade de autodeterminação do sujeito na interação com os demais sujeitos - iguais na sua liberdade de autodeterminação -, contextualizam-se por sua coexistência sistemática.⁵⁶⁵ Assim, o poder jurisdicional, como autoridade pública e imparcial, deve atuar em conformidade com a coexistência sistemática dos direitos, o que implica a necessidade de derivação das implicações normativas do sistema de direitos em relação ao(s) específico(s) direito(s) objeto de reconhecimento e de implementação judicial. A pretensão veiculada na demanda especifica-se a partir dos limites da competência judicial e pelo exercício de julgamento de acordo com os parâmetros da razão pública, para fins de preservação e reconhecimento de determinado(s) direito(s) a partir de suas relações com os demais direitos. No estágio da concessão (ou não concessão) da tutela, a autoridade judicial deve se mostrar particularmente sensível não apenas à pretensão veiculada na demanda, mas também em relação à sua função institucional como “guardiã” do sistema de direitos, sistema que abarca as esferas jurídicas de ambos os litigantes. O destaque quanto à inserção de um específico

jurídico como condição da tutela: o fato jurídico (mais especificamente, o direito dele decorrente) é a razão da tutela. Segundo Ernest Weinrib, o fato jurídico como razão da tutela “presupposes that the restored right is identical to, limited by, and continuous with the right that was injured”. WEINRIB, 2008, p. 23. Assim, o sujeito não é titular de determinado direito por ser o favorecido pela concessão da tutela; ao contrário, o sujeito é favorecido pela tutela porque ele é titular de determinado direito.

⁵⁶⁵ WEINRIB, 2008, p. 32.

direito no âmbito de um sistema de direitos explica a razão pela qual a autoridade judicial invoca considerações (relacionadas, especialmente, à avaliabilidade das tutelas e suas técnicas, em correlação com a modalidade de relação jurídica que compõe o objeto do processo), no estágio da concessão (ou não concessão) da tutela, que não se mostram presentes (nem são necessárias) quando o direito em questão encontra-se no âmbito do plano do direito material, particularidade que não infirma a concepção do fato jurídico (e do direito dele exurgente) como razão - e não condição - da tutela jurisdicional.⁵⁶⁶ A conexão (continuidade) entre tutela e direito subjetivo, portanto, é uma conexão entre tutela e sistema de direitos subjetivos.

A justiça corretiva apresenta-se limitada em seu “papel explanatório”: consoante exposto, ela diz respeito às ações da pessoa a partir de quem o retorno de alocação (ou “transferência”) deve ser implementado; além disso, a tese da continuidade não se restringe a esta modalidade de justiça. Há outra forma de justiça que se define pelo retorno de alocação, mas se diferencia por dizer respeito à conduta do titular do direito que pretende o desfazimento de uma transação: nem todos os retornos de alocação devem ser direcionados à pessoa que pratica o ilícito e/ou concretiza danos (ou outra pessoa que atua em seu nome); determinados retornos de alocação devem ser direcionados ao titular do direito ou àquele que sofre o ilícito e/ou os danos (ou outra pessoa que atua em seu nome). Trata-se da justiça reversiva, também informada pela tese da continuidade.

A questão da justiça reversiva diz respeito à extensão, à forma e ao fundamento (razão) do retorno de alocação que deve ser realizado de um sujeito de direito para outro, revertendo uma transação anteriormente concretizada entre tais sujeitos, a partir da conduta do titular do direito que pretende a reversão, e não a partir daquele a quem recai o dever de corrigir um ato ilícito e/ou os danos decorrentes de um ato (i)lícito. O dever de correção existe em muitas hipóteses de justiça reversiva; o foco desta modalidade de justiça - atinente ao desfazimento de transações (retorno de alocação) -, porém, recai na permissibilidade de condutas ao titular do direito, incluindo, por exemplo, aquelas concernentes ao uso da força para prevenir um ato ilícito e/ou um dano. A justiça reversiva regula as ações do titular do direito - ou outra pessoa atuando em seu nome ou como sua intermediária - no que concerne

⁵⁶⁶ Em relação às considerações comumente invocadas no que diz respeito à tutela de cumprimento específico de obrigação contratual (*verbi gratia*, dificuldade de supervisão, inutilidade da tutela e relutância em coagir o cumprimento de serviços de caráter pessoal), Weinrib assinala que “these factors refer to substantive and institutional aspects normatively presupposed in the system of rights, from the maintenance of the transactional equality of the parties to the avoidance of the court’s exceeding its institutional competence”; assim, “within the reason conception of remedies, attention to the system of rights rather than merely to a given right in isolation opens up the normative space in which such factors can coherently be considered”. WEINRIB, 2008, p. 37.

ao retorno de alocação que deve ser implementado. A distinção entre justiça corretiva e justiça reversiva justifica-se pela assimetria que pode existir entre ambas: nem todos os fatos atinentes às questões de retorno de alocação que implicam justiça corretiva necessariamente implicam justiça reversiva, e vice-versa. A pertinência de uma modalidade de justiça em determinadas circunstâncias não é co-extensiva à outra: há casos em que, em virtude da justiça corretiva, um sujeito tem o dever de realizar o devido retorno de alocação, mas o direito (correlacionado ao dever) não pode ser implementado por seu titular, assim como há casos em que o direito pode ser implementado por seu titular para fins de promover, em virtude da justiça reversiva, o devido retorno de alocação, mas à contraparte não recai o correspondente dever de realizar o retorno de alocação. Assim, um particular retorno de alocação pode decorrer de um ato daquele que realizou um ato ilícito e/ou causou danos (corrigindo o ilícito e/ou os danos), ou pode decorrer um ato do titular do direito (ou daquele que sofreu o ilícito e/ou os danos), implementando seu direito para fins de promover o retorno de alocação por meio da reversão da transação. Os sujeitos da relação, portanto, têm diferentes papéis conforme a modalidade de justiça pertinente às circunstâncias que suscitam a exigência de retorno alocativo, particularidade que evidencia a importância prática da especificação a respeito de quem é o responsável por concretizar o resultado correspondente ao retorno alocativo.

Nesse sentido, a assimetria entre justiça corretiva e justiça reversiva pode ser vista à luz de quatro hipóteses:⁵⁶⁷ (a) a existência de dever de prestação sem que o direito a ele correspondente seja implementável (ou efetivável) por seu titular; (b) a existência de dever de prestação com correspondente direito implementável por seu titular; (c) a existência de direito implementável sem o correspondente dever de correção; (d) a existência de tutela com cunho reversivo cujo conteúdo diverge daquele que consubstancia o dever de prestação. Em relação à primeira hipótese, imagine-se que A, sabendo que B gostaria de receber sua xícara de café, promete entregar a B sua xícara de café. Após alguns instantes - quando B já confiou no cumprimento da promessa -, A muda de idéia, afirmando a B que não entregará a xícara. Contextualizando a hipótese de um ponto de vista moral, A tem um dever primário de cumprir a promessa, e B tem o direito primário ao cumprimento da promessa; com a “quebra” da promessa, A passa a ter um dever secundário de entrega do objeto, e B passa a ter um direito secundário ao objeto. Entretanto, caso A se recuse a entregar o bem, B não pode forçá-lo a manter sua palavra. Esse exemplo pode ser denominado de hipótese da “promessa ordinária”:

⁵⁶⁷ GOLD, Andrew S. A moral rights theory of private law. *William & Mary Law Review*, v. 52, n. 1873, 2011.

a justiça corretiva diz respeito à conduta de A quanto à entrega do bem; B, entretanto, não pode forçar o cumprimento da promessa no sentido de tomar posse do bem (ao menos não de forma consistente com a justiça no retorno de alocação). Significa dizer: o direito de B em relação ao bem não é efetivável (no sentido aludido); a justiça reversiva não confere suporte aos esforços de B no sentido de forçar o cumprimento da promessa de forma coativa. Assim, na hipótese da “promessa ordinária”, A tem um dever fundamentado na justiça corretiva, e B não tem um direito implementável (efetivável) sob o fundamento da justiça reversiva.

Em relação à segunda hipótese, imagine-se que A promete entregar a B sua xícara de café, desde que B realize, em favor de A, determinado serviço. B conclui o serviço, e A reconhece que ele foi realizado nos moldes como acordado; entretanto, A não entrega sua xícara a B. Diante de tais circunstâncias, pode-se concluir que seria adequado para B forçar o cumprimento da promessa no sentido de tomar posse do bem. Esse exemplo pode ser denominado de hipótese do “contrato para transferência de propriedade”: B inicialmente tem um direito primário ao cumprimento da promessa por A; com a “quebra” da promessa, B passa a ter um direito secundário à entrega do objeto (tanto o direito primário quanto o secundário são passíveis de violação). Caso A viole o direito secundário de B, este passa a ter um direito efetivável no sentido da possibilidade de forçar o cumprimento da promessa a partir da tomada de posse do bem, particularidade que diferencia essa hipótese daquela concernente à “promessa ordinária”. A justiça corretiva diz respeito à conduta de A, que tem o dever de entregar o bem para B, como um dever de correção (correção do ilícito correspondente à “quebra” da promessa). Assumindo-se que A não cumpra com seu dever de correção, a justiça reversiva - concernente à conduta de B -, nesse caso, confere suporte aos esforços de B no sentido de forçar o cumprimento da promessa de forma coativa. O ato de reversão - como retorno de alocação - realiza-se em prol da posição de B (na sua relação com A). Assim, na hipótese do “contrato para transferência de propriedade”, A tem um dever fundamentado na justiça corretiva, e B tem um direito implementável (efetivável) sob o fundamento da justiça reversiva.

Em relação à terceira hipótese, imagine-se que B tenha deixado sua xícara de café na mesa de A, com a intenção de entregar o bem para outra pessoa. B cientifica o erro para A; este, todavia, não devolve o bem, configurando-se, assim, um enriquecimento de A a partir do erro de B. Esse exemplo pode ser denominado de hipótese do “enriquecimento injustificado” (suponha que, no caso, a devolução do bem represente um elevado custo para A): B pode, legitimamente, recuperar a posse do bem com base na sua propriedade; o retorno de alocação mostra-se devido, à luz da justiça reversiva, fundamento normativo da implementação (ou

efetivação) do direito existente para a finalidade em questão (recuperação do bem). Por outro lado, a existência do dever de devolução do bem - como dever de correção -, nas circunstâncias aludidas (tendo em vista os custos para A), mostra-se, no mínimo, objeto de questionamento doutrinário, tornando controversa a aplicabilidade da justiça corretiva como fundamento normativo em tal hipótese. A justiça reversiva, ao contrário, coloca-se como fundamento normativo do retorno de alocação (revelando a existência de assimetria entre a justiça corretiva e a reversiva na hipótese). Assim, no caso do “enriquecimento injustificado”, A não tem um dever fundamentado na justiça corretiva, e B tem um direito implementável (efetivável) sob o fundamento da justiça reversiva.

Por fim, em relação à quarta hipótese, imagine-se que A se compromete a realizar determinado serviço (com caráter pessoal) em favor de B, e este também se compromete a realizar determinado serviço (com caráter pessoal) em favor daquele. B realiza o serviço acordado; A, por seu turno, não realiza o serviço que a ele incumbia em virtude da avença. Neste caso, B tem direito à compensação pecuniária; entretanto, não se mostra legítimo, para B, forçar o cumprimento da promessa de forma coativa. Esse exemplo pode ser denominado de hipótese do “contrato de serviços pessoais”: a coerção ao cumprimento da promessa infringe a autonomia de A; assim, este tem o dever (de correção) de prestar o serviço acordado, mas o direito implementável, no caso, possibilita a B a compensação pelo equivalente em pecúnia, em virtude dos danos sofridos. Justiça corretiva e justiça reversiva colocam-se como fundamentos normativos do retorno de alocação; entretanto, suas implicações práticas - como embasamentos justificatórios da relação entre direito subjetivo e tutela jurisdicional - revelam-se distintas. Assim, na hipótese do “contrato de serviços pessoais”, A tem um dever fundamentado na justiça corretiva, e B tem um direito implementável (efetivável) sob o fundamento da justiça reversiva, mas as implicações práticas - ou seja, os resultados - entre a tutela de cunho corretivo e a tutela de cunho reversivo mostram-se distintas.⁵⁶⁸

⁵⁶⁸ Conforme assinalado, a assimetria entre justiça corretiva e justiça reversiva reconduz-se à distinção prática existente entre a retificação ou reparação (dos efeitos) do ato ilícito feita por aquele que o pratica, e a retificação ou reparação (dos efeitos) do ato ilícito feita por aquele contra quem o ato é praticado. Essa é uma das razões pelas quais a “resposta” reversiva pode se mostrar inapropriada quando existe a certeza de que a reparação será realizada por aquele que pratica o ato ilícito, se a ele for oferecida a oportunidade pertinente. Em princípio, considera-se mais ideal a retificação ou reparação do ato e/ou os efeitos dele decorrentes pela própria pessoa que o pratica; caso a justiça corretiva não se mostre implementável, a justiça reversiva ajusta-se como um “segundo melhor” resultado. Assim, o fato de que os efeitos materiais exsurgentes das proteções (de cunho reversivo e de cunho corretivo) conferidas aos direitos possam ser idênticos não pode obscurecer as diferenças entre o retorno de alocação que recai (como dever de correção) sobre aquele que praticou o ilícito (ou que causou danos) e o retorno de alocação cujo ato implementador seja permissível ao titular do direito (ou aquele contra quem o ato foi praticado).

De outro lado, a justiça reversiva diferencia-se da justiça preventiva, que é a forma de justiça concernente, em especial, às condutas de autodefesa.⁵⁶⁹ A relação entre as duas formas de justiça - reversiva e preventiva - está no fato de que ambas dizem respeito às condutas que são permissíveis aos titulares de direitos em relação aos atos ilícitos e/ou lesivos. Entretanto, a justiça preventiva concerne, especificamente, aos atos ilícitos e/ou lesivos sob uma perspectiva *ex ante*; a justiça reversiva (assim como a corretiva, no particular), por seu turno, diz respeito aos atos sob uma perspectiva *ex post*. Significa dizer: ao contrário da reversiva (e da corretiva), a justiça preventiva não está associada a retornos de alocação. Além disso, há certas hipóteses de “estado de necessidade” em que a justiça preventiva pode se mostrar inapropriada: nesses casos, a justiça reversiva (e/ou corretiva) será a forma adequada de equilíbrio normativo da relação entre os sujeitos.⁵⁷⁰ A justiça preventiva legitima atos de coerção antes da concretização de um ilícito e/ou dano; se existe o reconhecimento quanto à

⁵⁶⁹ A justiça preventiva também diz respeito aos casos de iminência de concretização de conduta ilícita e/ou lesiva, ou de iminência de configuração de descumprimento de obrigação ou, ainda, de iminência de violação de um direito de propriedade. Nesse sentido, Richard Wright assinala que a justiça preventiva fornece o fundamento ético-normativo para as condutas de autodefesa em geral, e para as condutas de autodefesa no âmbito da responsabilidade civil em especial, assim como fornece o fundamento para a avaliabilidade de tutelas cuja finalidade corresponde à prevenção de atos ilícitos e/ou lesivos. WRIGHT, Richard. Right, justice and tort law. In: OWEN, David (Org.). *Philosophical foundations of tort law*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 164. Segundo o autor, a justiça preventiva diz respeito ao direito, derivado do direito de liberdade igual, de resistência em relação às indevidas condutas coativas (ou agressões) no âmbito das interações. O direito em questão consubstancia-se como condição de possibilidade da posse de bens externos. A partir disso, as justiças corretiva e reversiva colocam-se como sendo aquelas que dizem respeito às ações (e/ou seus efeitos) dos sujeitos em relação às posses já estabilizadas dos demais (em que não existe a intrínseca unilateralidade das condutas fundadas na justiça preventiva); a justiça distributiva, por conseguinte, associa-se à “transferência”, de cada indivíduo para as instituições públicas, da autorização quanto ao uso da coerção (ressalvando a manutenção da permissibilidade de condutas de autodefesa). Assim, a possibilidade da posse de bens externos depende da justiça preventiva, a “realidade” da posse depende das justiças corretiva e reversiva, e a necessidade da posse exige a (e rege-se pela) justiça distributiva. Segundo Wright, o uso da coerção, de um indivíduo em relação a outro, que não se encontra legitimado pela justiça preventiva, viola as justiças corretiva e reversiva (o sujeito legitima-se ao uso da coerção, fundado na justiça preventiva, para reagir ao indevido uso da coerção pelo agressor).

⁵⁷⁰ Ou seja: existem casos em que a prevenção do ilícito e/ou dano não se mostra apropriada (perspectiva *ex ante*), mas a correção (ou reversão) do ato e/ou dos efeitos lesivos dele decorrentes mostra-se adequada (perspectiva *ex post*). A hipótese do estado de necessidade ilustra o ponto: por exemplo, um indivíduo que causa danos a outrem como única maneira de proteger sua integridade física ou sua propriedade; *ex ante*, a emergência que caracteriza a situação infirma a ilicitude da conduta (justificando, juridicamente, sua realização), tornando ilegítima a conduta da vítima (aquele que sofre os danos) no sentido de prevenir a realização do ato praticado em estado de necessidade. *Ex post*, a proteção (ou tutela) jurídica de cunho reversivo mostra-se apropriada, tendo em vista os danos resultantes do ato. Assim, não se pode inferir a permissibilidade da prevenção de ato ilícito e/ou lesivo do fato correspondente à configuração *ex post* do dever - para aquele que pratica o ato - de compensação ou reparação dos danos causados. As considerações relevantes em sede de exercício legítimo da autodefesa e em sede de avaliabilidade de retornos de alocação (por meio de reversão de transações) sobrepõem-se parcialmente (*verbi gratia*, a proporcionalidade, que limita as condutas de autodefesa em geral, e as praticadas em estado de necessidade em especial, funciona como limite às condutas fundadas na justiça reversiva). Existe, no âmbito da autodefesa, uma presunção moral contra a “transferência” de lesões ou danos entre sujeitos. A justiça reversiva implica a mesma presunção, por dizer respeito às condutas destinadas ao desfazimento de transações já concretizadas e, por extensão, tal forma de justiça diz respeito às condutas destinadas a transferir recursos, bens ou vantagens de um sujeito a outro.

legitimidade de correção ou reversão *ex post*, não há como negar legitimidade, nas circunstâncias apropriadas, dos atos de prevenção *ex ante*, porquanto ambas as formas de justiça - a preventiva e a reversiva (e/ou corretiva) - relacionam-se com o cumprimento de um dever primário e, não sendo isto possível, com a melhor medida de conformidade com as razões subjacentes ao direito correlacionado ao dever em questão.

A justiça reversiva (assim como a corretiva) distingue-se da justiça retributiva: embora aquela se direcione em desfavor daquele que pratica o ato ilícito (ou causa danos), seu foco corresponde, primariamente, à reversão de transações e, secundariamente, ao desfazimento dos atos ilícitos enquanto tais. A justiça retributiva, de sua vez, diz respeito às punições e, conseqüentemente, à responsabilização do sujeito por sua conduta antijurídica para fins de aplicação de sanções em geral e penas em especial.⁵⁷¹ A retribuição define-se como a imposição de sanção correspondente àquilo que se mostra devido em virtude da responsabilidade individual. A justiça retributiva não requer a estrita identidade entre sanção e ato antijurídico praticado; ela requer uma relação de proporcionalidade entre a severidade da sanção e a gravidade do ato (e/ou dos seus efeitos). Esta proporcionalidade pode ser absoluta (no sentido de não-comparativa: a sanção não deve se mostrar excessivamente severa ou leniente em relação à gravidade do ato) ou relativa (no sentido de comparativa: a sanção imposta para determinado ato antijurídico deve refletir a gravidade do ato; assim, se o ato X é mais sério ou grave do que o ato Y, a sanção correspondente a X deve se mostrar mais severa do que a sanção correspondente a Y, e vice-versa). A justiça do retorno alocativo (reversiva e corretiva) estrutura-se mediante o bilateralismo entre os sujeitos de direito normativamente vinculados (correlatividade); a justiça retributiva não tem o bilateralismo (que caracteriza o vínculo jurídico) como seu foco primário: ela está associada à contextualização social e/ou pública subjacente à relação entre determinadas modalidades de atos ilícitos e as correspondentes respostas sancionatórias.⁵⁷² A retribuição não envolve um retorno de alocação (ou transferência de recursos, bens ou vantagens). A correlatividade da justiça do retorno alocativo envolve a subtração de um bem (*lato sensu*) do patrimônio jurídico de um sujeito de direito e a transferência desse bem para o patrimônio jurídico do outro sujeito de

⁵⁷¹ Cumpre destacar que a justiça retributiva também se mostra relevante no direito privado ou público (nos âmbitos jurídicos não-criminais, portanto), como, por exemplo, nos casos de imposição de multas.

⁵⁷² A característica aludida associa-se ao caráter fundamentalmente não-comparativo da justiça retributiva, no sentido de que ela confere prioridade à individualização (e respectivo dimensionamento) da resposta jurídica sancionatória em relação à gravidade do ato ilícito, relação vista à luz das características específicas (pessoais e circunstanciais) daquele que pratica o ato. A justiça do retorno alocativo, por sua vez, apresenta - ao menos de forma mais proeminente - um caráter comparativo, no sentido de que ela confere prioridade ao tratamento igualitário entre os sujeitos (e, por conseguinte, tratamento à luz de considerações fundadas na correlação de suas posições jurídicas), em virtude do bilateralismo (vinculação jurídica) existente entre eles.

direito componente da relação de direito, para fins de retorno - da maneira mais aproximada possível - das posições jurídicas anteriores (correção ou reversão da transação). Assim, ao contrário da justiça retributiva, na justiça reversiva (assim como a corretiva) a alteração da posição de um dos sujeitos de direito, em termos de obtenção de vantagens, implica a alteração da posição do outro, em termos de obtenção de desvantagens.

Por fim, a justiça reversiva (assim como a corretiva) distingue-se da justiça distributiva: esta diz respeito à alocação no âmbito de um grupo (inclusive um grupo formado por apenas dois sujeitos); a reversiva (e a correctiva), conforme anteriormente frisado, diz respeito ao retorno de alocação.⁵⁷³ A justiça reversiva (e a corretiva) aplica-se inclusive nos casos em que o *status quo ante* aparentar um caráter distributivamente injusto (por exemplo, a reparação pecuniária mantém-se devida, à luz da justiça reversiva e/ou corretiva, nas hipóteses de responsabilidade civil em que entre aquele que causa e aquele que sofre os danos exista uma elevada disparidade de condições econômico-financeiras). A justiça reversiva (e a corretiva) assume (ou pressupõe) uma igualdade inicial entre os sujeitos (igualdade normativa “pré-transacional”), direcionando-se à restauração desta igualdade (equilíbrio), desrespeitada em virtude da prática de um ato ilícito e/ou lesivo; o retorno de alocação deve apresentar uma relação de proporcionalidade aritmética com a dimensão do ilícito e/ou dos danos causados. A justiça distributiva, por seu turno, define-se como alocação de recursos ou bens (em sentido amplo) e/ou encargos ou ônus de acordo com o mérito ou necessidade dos componentes de um grupo, mérito (ou necessidade) este determinado a partir de certo critério, que define a participação de cada sujeito do grupo em relação à distribuição dos recursos ou bens e/ou encargos ou ônus, à luz de uma relação de proporcionalidade geométrica (igualdade de *ratios* ou como proporção geométrica entre quatro termos: a *ratio* dos méritos entre dois sujeitos deve se mostrar proporcional à *ratio* dos bens distribuídos entre eles). A justiça distributiva, assim, orienta-se, primariamente, à criação de um novo estado de coisas; a justiça reversiva (e a corretiva), por sua vez, orienta-se, primariamente, à restauração de determinado equilíbrio entre sujeitos correlativamente situados (restauração das posições originais dos sujeitos).⁵⁷⁴

⁵⁷³ Isso não infirma a relevância das questões distributivas no que concerne à avaliabilidade de retornos de alocação fundados na reversão ou na correção de transações como por ser ilustrado pelas questões atinentes ao direito falimentar e aos concursos de credores em geral. Pode-se, ainda, suscitar, de modo coerente, questões concernentes à (in)justa distribuição da justiça reversiva (ou corretiva) em relação aos casos em que são oferecidas, para determinados indivíduos, as oportunidades de implementação da reversão (ou correção) de transações - implementação de retornos de alocação, portanto - por intermédio do sistema jurídico em geral e do sistema judiciário em especial, enquanto para outros indivíduos não são oferecidas tais oportunidades.

⁵⁷⁴ ENGLARD, Izhak. *Corrective and distributive justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 8.

A justiça distributiva e a justiça comutativa,⁵⁷⁵ portanto, diferenciam-se pelos respectivos domínios de aplicação, os bens ou recursos envolvidos, critérios de igualdade e a relação entre as pessoas componentes da relação de justiça. Em termos kantianos, Richard Wright destaca que a justiça distributiva diz respeito à alocação pública (ou comunitária) de recursos, com o objetivo de implementar o direito à liberdade igual de cada indivíduo, a partir da equalização de oportunidades, cujo fim último é a dignidade da pessoa. A justiça comutativa, por seu turno, diz respeito às interações privadas (ao menos preponderantemente), requerendo determinados comportamentos daqueles que se engajam em tais transações, que sejam consistentes com o direito à liberdade igual dos indivíduos em interação, à luz da presumida igualdade - fundada na igualdade moral ou igual dignidade - existente entre eles no que concerne ao acesso e manutenção dos bens (*lato sensu*) e recursos disponíveis. Em outros termos: a justiça distributiva e a justiça comutativa correspondem aos diferentes aspectos da liberdade externa (no sentido de socialmente exercitável). A primeira define o escopo da liberdade positiva do indivíduo em relação ao acesso dos bens e recursos necessários à dignidade; a segunda define o escopo da liberdade negativa do indivíduo no sentido da integridade de sua pessoa e de seus bens e recursos quanto às indevidas interferências dos demais. Em conjunto, ambas as formas de justiça intentam assegurar a implementação do bem comum para cada indivíduo a partir do compartilhamento equânime e proporcional dos bens e recursos necessários à dignidade (justiça distributiva), e a partir da salvaguarda e proteção da pessoa e de seus bens (e recursos) em relação às condutas (dos demais indivíduos) inconsistentes com a igualdade dos sujeitos no âmbito das interações privadas.⁵⁷⁶

Nesse contexto, as pretensões fundadas na justiça distributiva são multilaterais. Para determinar os recursos ou bens que determinada pessoa pode reivindicar, tendo em vista os critérios de justiça distributiva, faz-se necessário conhecer a quantidade dos recursos ou bens em questão existentes na comunidade e a categorização da pessoa de acordo com determinado critério distributivo - mérito ou necessidade, por exemplo - em comparação com os demais membros da comunidade, à luz de suas respectivas categorizações. A partir disso, a pretensão de implementação da justiça distributiva não pode ser direta e bilateralmente direcionada por um sujeito em relação a outro: tal direcionamento bilateral redundaria na indevida preferência do

⁵⁷⁵ A designação “justiça comutativa”, para os presentes propósitos, inclui a justiça corretiva e a justiça reversiva, a partir daquilo que ambas apresentam como característica comum: o retorno alocativo nas interações bilaterais.

⁵⁷⁶ WRIGHT, 1995, p. 168. Segundo Wright, cada pessoa tem um direito igual no sentido de ter seus bens protegidos ou assegurados contra as condutas (das demais pessoas) objetivamente inconsistentes com a liberdade igual de todos.

específico sujeito “ativo” em relação aos demais membros da comunidade, bem como na indevida desvantagem do específico sujeito “passivo” em relação aos demais sujeitos. Tal tratamento desigual não resta embasado na justiça distributiva: como injustificada - e unilateral - tentativa de satisfação, a partir do patrimônio de determinado sujeito, de uma pretensão, supostamente fundada na justiça distributiva, o tratamento em questão viola a justiça comutativa. As pretensões fundadas na justiça comutativa, por seu turno, são bilaterais: são pretensões de um sujeito em relação a outro, cuja indevida interferência na pessoa ou patrimônio mostra-se inconsistente com o aspecto negativo do direito daquele à liberdade igual. Aquele cujo direito sofre a indevida interferência tem uma pretensão bilateral, fundada na justiça comutativa, direcionada contra aquele - e não contra qualquer outro sujeito - que violou o dever correlativo, no sentido da “remoção” da inconsistência com o direito, por meio da correção ou reversão da interação.⁵⁷⁷

No que concerne à independência e à compatibilidade entre a justiça distributiva e a comutativa, impende destacar que a adequada implementação de pretensões fundadas em ambas as formas de justiça não podem ser distributiva ou comutativamente injustas. Assim, por exemplo, uma pessoa que comete um ilícito como um ato de defesa em relação a um ilícito cometido contra ela exerce uma pretensão fundada na justiça preventiva, pretensão que, em princípio, não rende ensejo à irradiação de um dever de reparação - fundado na justiça corretiva - do agressor, embora tenha cometido um ilícito de forma deliberada e sem o consentimento deste. A adequada implementação de uma retificação - requerida pela justiça corretiva - não pode, ela própria, constituir uma violação da justiça corretiva, embora exista um ato praticado de forma deliberada e sem o consentimento da pessoa a partir de quem o dever de retificação (ou correção) resulta configurado. Similarmente, um sujeito forçado à entrega de determinado bem componente de seu patrimônio jurídico em virtude da adequada implementação da justiça distributiva (concretizada, por exemplo, por meio da tributação) não ostenta o direito - fundado na justiça distributiva ou comutativa - no sentido do retorno de tal bem, embora esta tenha sido subtraído do seu patrimônio de forma deliberada e sem o seu consentimento.⁵⁷⁸

⁵⁷⁷ “The required mode of rectification is the restoration by the injurer (or someone voluntarily acting on behalf of the injurer) of the injured party’s preexisting stock of resources to the extent possible”. WRIGHT, 1995, p. 178.

⁵⁷⁸ Em tais situações, conforme Richard Wright, a ausência de consentimento quanto à perda de determinado bem ou recurso não é apenas consistente, mas também requerido pelo direito à liberdade igual do(s) indivíduo(s) afetado(s). WRIGHT, 1995, p. 172. Para Wright, o fundamento normativo do direito subjetivo consubstancia tanto o fundamento normativo do dever a ele correlativo, quanto o fundamento normativo do modo de retificação ou, mais amplamente, de restauração da inconsistência com o direito (ou a infringência do dever): “once the foundational norm of equal freedom that underlies the concept of right is understood, and its positive and

Destarte, justiça distributiva e justiça comutativa são formas de justiça necessárias e compatíveis à implementação da premissa moral fundamental correspondente à liberdade igual das pessoas: a primeira associada ao aspecto positivo e a segunda associada ao aspecto negativo desta liberdade. Ambas as formas de justiça podem coexistir como fundamentos do mesmo conjunto de normas, assim como podem resultar aplicáveis em relação à mesma situação como, por exemplo, na hipótese de desapropriação (de propriedade particular por ente público). A pretensão, fundada na justiça distributiva, que suporta a subtração - para fins de implementação de determinado interesse público e/ou social apropriadamente especificado - de um bem integrante do patrimônio de um indivíduo não se embasa na circunstância atinente à elevada quantidade de recursos ou bens a ele porventura pertencente ou, mesmo que isso seja verdadeiro, que ele seja a única pessoa a ostentar tal quantidade de bens ou recursos; o direcionamento dos ônus ou custos da redistribuição para determinado indivíduo, sem a devida compensação, não corresponde à concretização da justiça distributiva. A pretensão correspondente embasa-se na circunstância de que a propriedade em questão é requerida tendo em vista o cumprimento de determinado objetivo distributivo (seja a redistribuição de recursos tendo em vista a melhoria das condições sociais de determinado conjunto de indivíduos - à luz de suas necessidades -, seja o incremento de recursos de modo a melhorar a participação dos indivíduos na divisão total dos recursos sociais), associado à distintividade do bem objeto de desapropriação. A partir disso, a devida compensação pela subtração da propriedade evita a obtenção, tanto pelo proprietário quanto pelos não-proprietários, de indevidas parcelas do benefício público derivado do ato desapropriatório. Se os ônus ou custos da redistribuição recaírem apenas sobre o proprietário, a subtração do bem integrante do seu patrimônio, sem o seu consentimento, não se mostrará justificada, rendendo ensejo a um direito (e um dever correlativo) à correção (no caso, direito à compensação), fundado na justiça comutativa.

Nessa ordem de ideias, as diferenças estruturais e de conteúdo entre as formas de justiça justificam diferentes instituições para fins de implementá-las: a apropriada formulação e concretização da justiça distributiva atinente aos recursos materiais exige, conforme exposto, o conhecimento ideal do total dos recursos socialmente disponíveis, bem como o conhecimento acerca das categorizações dos membros da comunidade, à luz de determinado critério distributivo exurgente do aspecto positivo do direito de liberdade igual. Nesse

negative aspects have been elaborated in the concepts of distributive and corrective justice, respectively, the structure and content of the modes of rectification for infringements of distributive and corrective justice rights will be implicit in the rights themselves". Ibidem, p. 176.

sentido, Richard Wright destaca que, tendo em vista tais necessidades de informação ou conhecimento, assim como a invocação *ad hoc* da autoridade judicial pelos litigantes e o número limitado de sujeitos submetidos ao poder jurisdicional de tal autoridade (ou, mais propriamente, o âmbito de sua competência institucional) quanto às demandas judiciais especificamente consideradas, as pretensões - fundadas na justiça distributiva - aos bens e recursos materiais escassos (e não aos bens políticos não-escassos, como os direitos políticos em especial e as liberdades públicas em geral, incluindo o direito ao tratamento não-discriminatório) não encontra na função jurisdicional sua adequada administração, face aos limites da capacidade institucional dos tribunais. Os órgãos legislativos e administrativos têm a competência institucional para a adequada formulação e (re)distribuição dos recursos materiais escassos da sociedade de acordo com o pertinente critério distributivo.⁵⁷⁹ Isso não infirma a possibilidade de revisão, pelos tribunais, dos programas legislativos formulados com o objetivo de implementação da justiça distributiva, no intuito de apreciação acerca do preenchimento das condições mínimas de racionalidade conforme os critérios decorrentes de normas constitucionais e infraconstitucionais. No mesmo sentido, embora os tribunais tenham limitada capacidade institucional para a implementação de (re)distribuição de bens materiais escassos de acordo com determinado critério distributivo, eles podem limitar os direitos de propriedade dos atuais proprietários para fins de prevenir que estes, no futuro, indevidamente restrinjam a aquisição e/ou o uso da propriedade pelos demais membros da comunidade (como, por exemplo, no caso das servidões).

O domínio de aplicação da justiça comutativa é mais restrito que o domínio de aplicação da justiça distributiva: a comutatividade diz respeito às interações (e seus efeitos) entre sujeitos correlativamente situados, bem como aos seus respectivos patrimônios e esferas jurídicas, requerendo a consistência com o aspecto negativo do direito de liberdade igual. Não se exige o conhecimento da disponibilidade de bens e recursos sob a perspectiva comunitária, em correlação com as categorizações comparativas dos membros da sociedade (à luz de determinado critério distributivo); logo, os tribunais não apenas ostentam capacidade institucional de implementação da justiça comutativa, como se encontram em melhor posição funcional para tanto, tendo em vista a necessidade, para a devida efetivação de tal forma de justiça, de apreciação das particularidades da relação bipolar e da correlatividade concreta dos sujeitos em interação. Por outro lado, a função jurisdicional, por sua característica de imparcialidade, encontra-se em melhor posição de insuralidade em relação a interesses (v.g.,

⁵⁷⁹ WRIGHT, 1995, p. 181.

políticos) que não devem ingressar na análise e apreciação da demanda judicial, evitando indevidas confusões entre questões de justiça comutativa e argumentos utilitários que sejam estranhos ao escopo de tutela dos direitos.⁵⁸⁰

Conforme anteriormente assinalado, a autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional coloca-se como controlabilidade da função jurisdicional em termos de equacionamento, no tocante às decisões judiciais, entre uma análise em que as consequências decisórias colocam como critérios de correção e uma análise em tais critérios não dizem respeito às consequências; essa dicotomia, no que diz respeito à relação entre direito subjetivo e tutela jurisdicional, perspectiva-se a partir das formas de justiça. Sob tal perspectiva, o equacionamento aludido reconduz-se à questão atinente à autonomia das formas de justiça (reversiva, corretiva, distributiva, retributiva e preventiva) e, mais especificamente, à questão atinente à autonomia entre a justiça comutativa (reversiva e corretiva) e a justiça distributiva. Assim, mesmo que se considere a titularidade de bens e recursos em geral como inteligível apenas à luz da justiça distributiva, a dependência da justiça comutativa em relação à distribuição prévia de bens e recursos não infirma a autonomia entre as duas formas de justiça. O fato de que a justiça comutativa aceita a distribuição como um dado - atuando na restauração de um estado de coisas concretizado em virtude de tal distribuição - não implica que a justificação da justiça distributiva seja coextensiva à justificação da justiça comutativa. O que importa para a justiça comutativa é que a distribuição exista, e não que a distribuição se mostre justificada: o modo de justificação fundado na justiça comutativa pode operar em relação aos valores subjacentes à distribuição sem incorporá-los em sua estrutura justificatória. Isso implica a ausência de distinção quanto ao grau de importância entre as formas de justiça, bem como quanto ao grau de importância entre distribuição originária de bens e restauração dos bens objeto de privação indevida. Nesses moldes, a distribuição originária da titularidade dos bens e recursos não pode restar dissociada do “potencial” do sistema jurídico no que diz respeito às tutelas jurídicas em geral e às tutelas jurisdicionais em especial, particularidade que corrobora a tese da continuidade entre direito substantivo e tutela

⁵⁸⁰ “That fact plus *ad hoc* and limited nature of their jurisdiction should make them less likely than the legislature (or its administrative delegates) to confuse corrective justice issues with distributive justice issues, utilitarian efficiency arguments, or arguments of pure self-interest. Finally, the court’s ability, not shared by the legislature, to focus on the details of numerous particular interactions makes them - or some administrative equivalent - indispensable to the general implementation of corrective justice”. WRIGHT, 1995, p. 181. Por outro lado, Wright assinala que quando o objetivo for a prevenção *ex ante* - socialmente disseminada - das violações à justiça comutativa, e não as reversões ou correções *ex post* ou as específicas prevenções *ex ante*, o caráter *ad hoc* e o limitado âmbito de competência institucional dos tribunais tornam limitada a sua capacidade de implementação da justiça comutativa. Quanto ao ponto, importa destacar que determinados âmbitos jurídico-regulatórios, com objetivos notadamente preventivos, rendem ensejo a questões de natureza comutativa e de natureza distributiva.

jurisdicional.⁵⁸¹ A maneira de articular a relação entre justiça distributiva e justiça comutativa correlaciona-se com a maneira como a “virtude explanatória” determina os limites da função jurisdicional, *pari passu* ao delineamento dos critérios de controle das decisões judiciais: a ênfase na justiça comutativa (ou em sua insularidade) implica, no nível teórico, uma concepção (da função jurisdicional) mais voltada à tutela dos direitos (fundada no valor da autonomia dos sujeitos, subjacente à noção de direito subjetivo) e, por conseguinte, mais voltada à abstração das consequências das decisões judiciais; a ênfase na justiça distributiva (ou na limitada ou ausente insularidade entre as formas de justiça) implica, no nível teórico, uma concepção mais voltada às consequências sociais das decisões proferidas no âmbito da função jurisdicional (à luz de determinadas finalidades, fixadas como objetivos a serem atingidos pelos resultados decisórios).

Conforme anteriormente destacado, a manutenção da identidade ou autonomia da juridicidade por meio da formulação de modelos dogmáticos depende da (relativa ou limitada) abstração do substrato social das situações e relações jurídicas (como condição de decidibilidade). No que concerne à relação entre direito material e direito processual (à luz da justiça como fundamento da relação entre direito substantivo e tutela jurisdicional), a autonomia da juridicidade depende da formulação - pela processualística - de modelos dogmáticos, modelos cuja (relativa ou limitada) abstração do substrato social das situações e relações jurídicas associa-se à (relativa ou limitada) autonomia entre as formas de justiça (“virtude explanatória” da função jurisdicional) em geral e entre a justiça comutativa e a justiça distributiva em especial. Tal autonomia associa-se aos valores subjacentes ao direito material objeto de relação com o direito processual; os critérios de controle das decisões judiciais intentam dar conta da necessidade de comensurabilização entre tais valores (do direito material ou, mais especificamente, da tutela material) e os valores subjacentes à tutela jurisdicional. Assim, por exemplo, a independência da justiça comutativa em relação à justiça distributiva remete ao fato de que os valores subjacentes às categorias justificatórias do direito privado (propriedade, contrato e responsabilidade civil, por exemplo) conformam os direitos

⁵⁸¹ “The original distribution of entitlements can only be determined by the remedial potential of the legal system. In other words, legal rights are co-extensive to their remedy: *ubi remedium ibi ius*”. ENGLARD, 2009, p. 201. Englard ilustra o ponto com as hipóteses em que o objeto do direito encontra-se, desde o início, na posse do sujeito, como no caso da posse do próprio corpo: o direito à integridade corporal pode ser concebido como sendo parte de uma divisão originária, mas a sua real extensão é, geralmente, determinada pela justiça comutativa. A busca pela justiça comutativa também auxilia no delineamento das noções de justiça distributiva; não raramente, um senso de injusto (no sentido de antijurídico) precede a articulação dos critérios distributivos. O intento de “remediar” o ilícito e/ou seus efeitos danosos torna possível o delineamento do direito objeto de violação pelo ato ilícito. Assim, embora a justiça distributiva não dependa da comutativa, a articulação dos critérios distributivos torna-se possível por meio da operação dos regimes comutativos.

substantivos primários e secundários que caracterizam tais categorias, direitos que, segundo Peter Jaffey, não são delineados para alocar bens e recursos conforme critérios de justiça distributiva.⁵⁸² Tais direitos associam-se à necessidade de resolução de particulares problemas decorrentes das transações ou interações entre diferentes pessoas ou grupos de pessoas. Eles acabam por favorecer determinadas atividades, ou determinada organização da comunidade, mas não é a sua função aplicar ou concretizar os critérios que governam a distribuição da riqueza e das oportunidades, e os efeitos distributivos indesejados podem (ao menos no plano ideal) ser revertidos por meio de arranjos institucionais (ou medidas legais e/ou administrativas) de (re)distribuição de bens e recursos, promovidos pelo Estado, que ficam fora do âmbito próprio do direito privado. Nesse sentido, o direito privado mantém uma - ao menos relativa - indiferença quanto aos critérios de justiça distributiva, razão pela qual a implementação ou efetivação judicial de um direito substantivo primário ou secundário, cuja associação (ou integração) com outros direitos rende ensejo à caracterização das categorias de direito privado, pode vir a concretizar determinado estado de coisas que não se mostra de acordo com os critérios de justiça distributiva⁵⁸³, estado de coisas este que, por outro lado, pode (e deve) se mostrar de acordo com a justiça comutativa (ao implementar tal forma de justiça).⁵⁸⁴ Por outro lado, não se pode sustentar o mesmo quando o direito material objeto de relação com o direito processual não for o direito privado, ou ao menos não for um conjunto de normas materiais cujos valores subjacentes remetem à indiferença entre os critérios de justiça comutativa e os critérios de justiça distributiva.⁵⁸⁵

A função social da processualística, assim, identifica-se com a comensurabilização dos valores subjacentes à tutela material com os valores subjacentes à tutela jurisdicional, a partir do delineamento de critérios jurídicos de correção que precisam manter - como condição de decidibilidade jurídica - a abstração do substrato social das situações objeto de regulação normativa. Nesse sentido, as consequências sociais das decisões judiciais não podem ser

⁵⁸² JAFFEY, Peter. *Private law and property claims*. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 69.

⁵⁸³ JAFFEY, loc. cit.

⁵⁸⁴ Isso não infirma aquilo que foi anteriormente exposto no sentido da possibilidade de coexistência entre as formas de justiça como fundamentos do mesmo conjunto de normas, assim como da possibilidade de aplicação conjunta em relação à mesma situação.

⁵⁸⁵ Cite-se, como exemplo - em que não há indiferença entre os critérios de justiça comutativa e os critérios de justiça distributiva -, a obrigação do Poder Público de fornecimento de medicamentos aos necessitados, cujo direito correlacionado é judicialmente implementável por meio da tutela jurisdicional executiva: “em regra, cuida-se de obrigação de dar e, portanto, a tutela jurisdicional adequada é a executiva *lato sensu*. Mas, uma vez verificada a inexistência do remédio em estoque, o direito fundamental da efetividade, em combinação com outros direitos fundamentais, como o da dignidade humana, à vida etc., pode determinar até o bloqueio de verbas públicas para o efeito de permitir ao demandante a compra do remédio, que salvará ou prolongará sua vida”. OLIVEIRA, 2008, p. 193.

determinantes dos critérios em questão, mormente diante da associação entre função jurisdicional e tutela dos direitos (a função jurisdicional serve, fundamentalmente, à tutela dos direitos, e não à implementação de determinadas consequências sociais). No entanto, a abstração aludida não pode ser de tal ordem que redunde na perda de funcionalidade do direito (como linguagem-objeto) e da dogmática jurídica (como metalinguagem) em relação ao seu substrato social de atuação e, conseqüentemente, redunde no “esvaziamento” da própria razão de ser da tutela dos direitos.⁵⁸⁶ Essa é a razão pela qual a autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional coloca-se como controlabilidade da função jurisdicional em termos de equacionamento dessa “tensão” que, no que diz respeito à relação entre direito subjetivo e tutela - mais especificamente, relação de replicabilidade do direito pela tutela -, remete à articulação entre as formas de justiça em geral e à articulação entre justiça comutativa e justiça distributiva em especial.

12.2 JUSTIÇA PROCESSUAL

A relação entre direitos substantivos e tutela jurisdicional, além da diferenciação concernente às modalidades de justiça substancial (como “justiça dos resultados”), depende, evidentemente, da especificação concernente aos critérios da “justiça dos meios” - para a obtenção dos resultados -, correspondente à justiça processual (ou “processo justo”).⁵⁸⁷ Três noções estão associadas à justiça processual: acurácia, eficiência e participação. Nesse sentido, a justiça processual diz respeito não apenas aos benefícios da acurácia e aos custos da adjudicação, mas também à participação, como pré-requisito à legitimação da autoridade das normas exsurgentes da aplicação judicial do direito. A relação entre direito substantivo e tutela jurisdicional depende da especificação dos critérios (de justiça processual) a partir dos

⁵⁸⁶ A manutenção da funcionalidade (social) do direito e da dogmática diz respeito à eficácia (em sentido social ou extrajurídico) do sistema jurídico em geral e das suas normas componentes em especial. Conforme anteriormente frisado, a função social da dogmática jurídica funda-se na relação entre verdade e eficácia: à dogmática incumbe o delineamento ou especificação das condições de verdade dos enunciados jurídicos, *pari passu* ao delineamento ou especificação das condições de eficácia das normas jurídicas.

⁵⁸⁷ “Arguably considerations of procedural justice are neither distributive nor corrective in form. They are concerned with the interpersonal allocation of goods and ills, but not so much with what would count as a sound allocation - whether geometrically or arithmetically - as with how to go about making a sound allocation”. GARDNER, 2012, p. 248. No ponto, Gardner ainda destaca: “at least some rules of procedural justice are arguably such that they affect constitutively, and not merely instrumentally, the justice of the resulting allocation”. Ibidem, p. 263.

quais se dá o equacionamento entre participação, acurácia e eficiência no processo de aplicação judicial das normas jurídicas.

Nesse contexto, cumpre destacar que o plano do direito material não poderia cumprir sua função de guia de conduta sem a existência do plano do direito processual, fundamentalmente por três razões: (a) o imperfeito conhecimento do direito e dos fatos pelos cidadãos; (b) a incompleta especificação do conteúdo das normas jurídicas; e (c) a parcialidade da apreciação das normas, por parte dos seus destinatários.⁵⁸⁸

Com efeito, ninguém possui um conhecimento completo do direito ou dos fatos para fins de dar perfeito cumprimento aos deveres jurídicos; assim, sem a existência de um processo que possa fornecer a base para um entendimento comum a respeito das normas e dos fatos, mesmo aqueles esforçados em coordenar suas condutas não se logriam êxito em tal intento. As normas do direito substantivo, por outro lado, são, ao menos em parte, inerentemente incompletas, vagas e/ou ambíguas, uma vez que formuladas em linguagem natural; sem a existência de um processo para fins de especificação do conteúdo de determinadas normas, diferentes destinatários manteriam suas diferentes concepções acerca do conteúdo das mesmas normas jurídicas. Por fim, os cidadãos são, inevitavelmente, parciais em relação aos seus próprios interesses; assim, eles são propensos a formular interpretações das normas que sejam favoráveis aos seus interesses. Sem a existência de um processo que possa reconciliar as conflitantes perspectivas (parciais), o desacordo a respeito do conteúdo do direito não poderia ser solucionado, particularidade que tornaria inviável o cumprimento das normas, pelo menos num grau suficiente para a estabilidade mínima das relações sociais.

Destarte, do ponto de vista *ex post*, o processo judicial serve, primordialmente, à resolução das disputas, mas, do ponto de vista *ex ante*, o processo serve, igualmente, como guia de condutas. Significa dizer: porque o direito material, isoladamente, não poderia cumprir sua função de guiar a conduta dos destinatários das normas, ao processo recai também esta função, especialmente em virtude da definitividade que caracteriza as decisões judiciais (como resoluções autoritativas), haja vista, outrossim, que elas especificam o conteúdo de normas gerais e abstratas. O processo, nesses moldes, fornece informação a respeito do direito, especificação de normas e imparcialidade, requisitos imprescindíveis para que os cidadãos possam conformar suas condutas aos requerimentos do direito. Nesse sentido, a tutela declaratória - e o fato de que toda tutela jurisdicional contém um *quantum* de declaratoriedade - serve à ilustração do ponto.

⁵⁸⁸ SOLUM, Lawrence. Procedural justice. *Southern California Law Review*, v. 78, n. 181, 2004. p. 186.

A perspectiva *ex ante* do processo e da justiça processual não infirma a distinção entre a função precípua de guia de condutas do direito material e a função (ao menos mais saliente) de resolução de disputas do direito processual; ela intenta, por outro lado, destacar que a distinção em tela diz respeito à perspectiva de análise e, desse modo, evidenciar que a função de guia de conduta do direito material somente se leva a cabo a partir da função de guia de conduta do direito processual. Entretanto, tal função do direito processual depende do fato de os procedimentos e seus resultados serem considerados, pelas agentes estatais, litigantes e terceiros, como fontes legítimas de autoridade. Em outros termos: o subsistema processual somente cumprirá com a função de guia de conduta se for considerado, em geral, como uma fonte legítima de decisões autoritativas. Nesse ponto ressalta a importância da justiça processual, como base a partir da qual os resultados dos procedimentos judiciais podem ser considerados fonte legítima digna de obediência e respeito - como razões autoritativas para a ação dos indivíduos -, malgrado a eventual discordância do destinatário da decisão em relação ao mérito substancial do resultado do procedimento.

A justiça processual não pode ser reduzida à justiça dos resultados dos procedimentos, justamente porque somente os processos que atendam determinados critérios (de justiça processual) têm o condão de conferir autoridade legítima a resultados eventualmente incorretos ou injustos. Tais critérios podem ser sintetizados na participação - especialmente daqueles que podem vir a ser afetados pelos efeitos da decisão - que promova o razoável equacionamento entre acurácia dos resultados e os custos impostos pelos mecanismos de resolução de disputas. A justiça processual é a “rota” de conciliação com os eventuais erros substantivos (dos resultados).⁵⁸⁹ Como já destacado, o processo de aplicação do direito também cria normas (individuais) e, para tanto, ele requer a participação para sua legitimidade. Como a tutela jurisdicional está associada ao resultado do processo de aplicação judicial do direito e, por conseguinte, à norma individual que confere o conteúdo de tal resultado, pode-se perceber a relação direta da tutela com a justiça processual. Sendo esta a fonte ou a base de autoridade legítima no âmbito do processo de aplicação judicial do direito, verifica-se, outrossim, sua essencialidade à autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional. Ou, noutra vértice - e como já frisado -, a processualística (como metalinguagem) “está em função” do direito processual (no plano da linguagem-objeto), para o qual recai a função social de guia de conduta, conforme exposto, bem assim da função social de resolução de disputas.

⁵⁸⁹ SOLUM, 2004, p. 190.

Nesse sentido, todas as modalidades de tutelas (declaratória, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental), ao promoverem a relação entre o plano material e o plano processual, apresentam a função de guia de conduta por meio da particularização dos comportamentos a serem adotados pelos destinatários das normas; essa particularização é essencial para a efetividade do funcionamento do direito como um todo. A justiça processual - à luz da especificação das condições a partir das quais a aplicação de normas aos casos particulares se mostra equânime - serve, em última instância, à legitimidade da função de guia de conduta do próprio direito material, na medida em que esta função não pode ser realizada a contento sem que exista um mínimo de eficácia no desempenho da função de guia de conduta (também) exercida pelo direito processual. O processo particulariza as normas substantivas gerais e abstratas; segundo Lawrence Solum, a “tarefa” primordial do processo, geralmente negligenciada pelos autores, é fornecer resultados consistentes em normas particulares que sirvam de guia às condutas dos cidadãos.⁵⁹⁰ Na perspectiva aqui adotada, estes resultados são as tutelas jurisdicionais.

A respeito da justiça processual, John Rawls delineou a distinção entre (a) justiça processual perfeita; (b) justiça processual imperfeita; e (c) justiça processual pura.⁵⁹¹ A primeira é aquela em que existe um critério independente a respeito da divisão equânime, como critério definido de forma separada e prévia em relação ao processo a ser seguido, processo este cujo seguimento rende ensejo, de forma indubitável, à obtenção da alocação tida por equânime segundo o critério previamente definido. O mero fato de seguir o procedimento, portanto, implica a equanimidade da alocação dele resultante, à luz de determinado critério. No caso da justiça processual imperfeita, a primeira característica (o critério independente a respeito da equanimidade do resultado) está presente, mas a segunda (processo que garante, com certeza, a obtenção de tal resultado) não está presente. É o caso do processo judicial, que incorpora um critério independente de acurácia, mas agrega outras finalidades jurídicas ou considerações de custos (eficiência) que exigem equacionamento com a acurácia. A justiça processual pura, por fim, é aquela em que não existe um critério independente acerca daquilo que constitui um resultado correto; o resultado advindo do procedimento, qualquer que seja, é tido como equânime ou correto.

À luz das três modalidades indicadas, três modelos de justiça processual podem ser delineados: (1) o modelo da “acurácia pura”; (2) o modelo do balanceamento (entre acurácia e eficiência); e (3) o modelo da participação. O primeiro modelo, como o próprio nome indica,

⁵⁹⁰ Ibidem, p. 225.

⁵⁹¹ RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971. p. 85.

foca exclusivamente na acurácia, ou na obtenção de resultados juridicamente corretos. O segundo modelo é focado no balanceamento entre acurácia e eficiência, ou entre tal balanceamento agregado à preocupação na distribuição equânime dos custos. O terceiro modelo é aquele cujo foco não é apenas o resultado do processo, voltando-se, pois, ao próprio processo, de modo intrínseco, como fator decisivo de definição da justiça processual. A apreciação de tais modelos permite o delineamento de critérios que dão conta dos fatores relevantes no âmbito da justiça processual.

O modelo da acurácia é informado pelo ideal da justiça processual perfeita: o plano do direito material fornece o critério independente da correção do resultado do processo; o sistema processual, nesses moldes, é concebido para que se obtenha, em cada caso, o resultado juridicamente correto sob o ponto de vista do critério independente indicado. Ocorre que não há como conceber o processo judicial em termos de justiça processual perfeita; ademais, o processo civil impõe custos reais aos litigantes em particular e à sociedade em geral, de modo que um pequeno ganho marginal em acurácia não compensa um vultoso investimento em recursos. Assim, se a justiça processual perfeita fosse o compromisso social último, a aproximação ao ideal de acurácia aumentaria demasiadamente o custo de redução da taxa de decisões juridicamente errôneas, dando azo a um enorme investimento de recursos para um ganho mínimo em acurácia. Outrossim, o ideal de “acurácia pura” sofre de uma ambiguidade essencial: a acurácia pode ser *ex post* (“acurácia do caso”) ou *ex ante* (“acurácia do sistema” - produção de resultados corretos em relação a casos futuros). Qual seria, nesses moldes, a acurácia a ser maximizada, ou elas deveriam ser maximizadas em conjunto? No ponto, a maximização da “acurácia do sistema”, por exemplo, pode se dar às custas da “acurácia do caso” e, reversamente, a maximização da “acurácia do caso” (correção jurídica do resultado vista isoladamente) pode se dar às custas da “acurácia do sistema” (correção jurídica dos resultados vista de forma agregada).

Por seu turno, o modelo do balanceamento assume, da mesma forma, que o plano do direito material fornece o critério independente a respeito daquilo que constitui o resultado juridicamente correto; entretanto, ele é informado pela justiça processual imperfeita, não se baseando no ideal de “acurácia pura”, na medida em que intenta equacionar a acurácia com a eficiência (custos, em sentido amplo). O modelo pode assumir uma variante consequencialista e uma variante deontológica. A primeira variante sopesa os custos e os benefícios do processo, e adota o sistema que maximiza a utilidade social. A segunda variante baseia-se em tal sopesamento levando em consideração as restrições derivadas de direitos subjetivos para fins de equacionar a distribuição dos custos. A segunda variante, fundamentalmente, intenta

equacionar acurácia e custos levando em conta restrições deontológicas ao balanceamento, ao incorporar a noção de distribuição equânime - fundada em direitos - dos ônus e custos do processo.

Segundo o modelo da participação, por sua vez, a justiça processual exige que aqueles (potencialmente) afetados pela decisão devem ter a oportunidade de participar, de modo significativo, no processo em que a decisão é tomada. À luz de tal modelo, portanto, a participação - em contraditório - dos litigantes (e de outras pessoas eventual ou potencialmente afetadas em suas esferas jurídicas pela decisão a ser tomada no processo) assume um valor intrínseco, não redutível à acurácia e à eficiência.

A importância em discriminar tais modelos está em que, a partir deles, torna-se mais construtivo o delineamento de critérios de justiça processual, que, vistos em conjunto, passam a formar um modelo analítico mais abrangente, que dá conta dos fatores relevantes no tocante à justiça processual. Assim, a acurácia não pode ser vista de modo “puro”; o balanceamento entre acurácia e custos, por si só, não exaure o âmbito da justiça processual; e o valor intrínseco da participação - sem que haja correlação entre participação, acurácia e eficiência - não pode ser visto como sendo a própria justiça processual, embora ele se coloque como essencial à legitimação da autoridade das decisões judiciais, legitimação cuja ausência inviabiliza a irradiação da força obrigatória de tais decisões de forma independente dos seus méritos substantivos.

Nessa senda, pode-se afirmar que a justiça processual exige, primariamente, a legitimação pela participação, sintetizada na seguinte tese:⁵⁹²

(TLP): O direito à participação no processo deve ser garantido àqueles (potencialmente) afetados pelas decisões judiciais para que estas possam servir como fontes legítimas de autoridade; o valor da participação, nesses moldes, não está apenas em função do efeito da participação no resultados do processo.⁵⁹³

⁵⁹² SOLUM, 2004, p. 275.

⁵⁹³ “The person whose situation is being inquired into is often the best source of information and explanation; secondly, it is often difficult to have confidence in the accuracy of a decision where the person whose situation in issue has not been able to provide his side of the case; and thirdly, the argumentative process which is encouraged by participatory procedures may be an effective means to accurate and proper decisions”. GALLIGAN, Denis. *Due process and fair procedures*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 132. No ponto, acrescenta Galligan: “since proper and accurate decisions mean both that social objectives have been achieved and that a person has been treated according to the standards of fair treatment, participatory process are fair procedures. [...] The argument is that while participation may be useful instrumentally in making the right decision, it has value independently of outcomes”. GALLIGAN, 1996, p. 133. No contexto, destaca o autor a existência de uma conexão direta e outra indireta entre participação e consideração (respeito) pelas pessoas envolvidas no processo. A conexão indireta identifica-se com a participação como servindo ao respeito pelas pessoas por meio do auxílio que ela proporciona na adequada aplicação das pautas jurídicas de tratamento

A participação aludida não significa, sempre, participação concreta; o que deve ser garantido é o direito à participação significativa no processo. Se a tutela jurisdicional é o resultado da atividade processual - resultado que retorna ao plano do direito material -, como norma concreta, ela exige obediência dos destinatários e, nessa medida, ela precisa fornecer razões de acatamento que sejam independentes dos seus méritos substantivos; em outras palavras: precisa de legitimidade. Conforme se expôs, a tutela jurisdicional caracteriza-se por ser o resultado advindo do processo que transforma normas gerais e abstratas em normas particulares e concretas, que servem de guia de conduta. A particularização promovida pelo processo é imprescindível para que o direito como um todo cumpra suas funções sociais a contento.

Assim, cada cidadão que se vincula por uma decisão proferida no processo civil deve considerar tal decisão como fonte legítima de autoridade, a partir da qual exsurge uma razão independente do conteúdo substancial para fins de obedecê-la ou levá-la em consideração.⁵⁹⁴ Segundo Joseph Raz, “el hecho de que un tribunal pueda tomar una decisión vinculante no significa que no pueda equivocarse; significa que su decisión es vinculante aunque este equivocada. Ser una aplicación vinculante de una norma significa ser vinculante incluso si es incorrecta, incluso si de hecho es una mala aplicación de la norma”.⁵⁹⁵ Tendo em vista a vinculatividade, a coercitividade e a definitividade das decisões judiciais, um nível mínimo de cooperação social com o sistema judiciário depende de um nível mínimo de legitimidade a ele associado.

Nesse sentido, Christopher Peters equaciona o ponto nos seguintes termos: a eficiência é a capacidade do processo em atingir um balanceamento ótimo entre benefícios e custos; o

equânime à luz de determinado contexto decisório. De outro lado, o respeito pelas pessoas é uma decorrência da oportunização à participação (conexão direta).

⁵⁹⁴ A exurgência de uma razão para obediência independente do conteúdo substancial da decisão está associada à categorização do juiz como autoridade prática: “a speaker in a position of practical authority commands an audience to *p*. The audience then thinks to itself, ‘the speaker is mistaken; *p*-ing is not the (appropriate, valuable, desirable) thing to do. Nevertheless, I still ought to *p*: the speaker told me to”. McMYLER, Benjamin. *Testimony, trust, and authority*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 164.

⁵⁹⁵ RAZ, 1991, p. 155. Complementa Raz aduzindo que os órgãos primários aplicadores de normas (tribunais) são “instituciones con poder para determinar la situación normativa de individuos concretos, a los cuales se exige que ejerzan esos poderes aplicando normas existentes, por cuyas decisiones son vinculantes aun cuando son incorrectas. [...] Una decisión judicial equivocada no modifica la norma. Suponer que lo hace es afirmar que ésta se rectifica a sí misma automáticamente, como si dijéramos, de forma que si la decisión no corresponde a la norma, la norma se vuelve correspondiente a la decisión. Una decisión judicial equivocada puede lograr las mismas consecuencias prácticas que una excepción legislativa porque es una razón excluyente que excluye el actuar sobre la base de normas en conflicto con ella”. Ibidem, p. 156-167. J. W. Harris, de seu turno, aduz que “a legal scientist may describe a judicial decision as ‘wrong, but binding’; because of the institutional deference shown to courts, which leads their rulings to be enforced as ‘law’, descriptive legal science has to insert their unappealable decisions into the corpus of the law by virtue of a forced presumptive relation, even if, critically, the relation is denied”. HARRIS, 1979, p. 87.

“benefício de primeira ordem” do processo, nesses moldes, é a resolução da disputa, evitando-se, assim, os custos decorrentes em deixar a disputa sem resolução. O meio para atingir esse fim - o “benefício de segunda ordem” do processo - é o funcionamento do procedimento de uma forma tal que os litigantes possam acordar, em tempo razoável, acerca da suficiente acurácia do processo; e os dois meios para a acurácia - “benefício de terceira ordem” - são a razoável competência (no sentido de capacidade ou potencialidade para obtenção de resultados juridicamente corretos) e a razoável imparcialidade. O processo, portanto, mostra-se eficiente quando equaciona razoável competência e razoável acurácia com o mínimo possível de custos.⁵⁹⁶

À base de tais considerações, podem ser delineados os seguintes critérios de justiça processual.⁵⁹⁷

1 - Participação: os arranjos institucionais onde se dão os litígios civis devem ser estruturados de molde a garantir, imparcialmente, o direito à participação - em contraditório - à parte interessada, a partir das seguintes condições especificadoras:

1.1) Condição do interesse: o direito à participação deve ser estendido a todos aqueles que ficarão sujeitos aos efeitos da decisão autoritativa final, ou cujo interesse substancial será, de modo prático, definitivamente determinado pela decisão.

1.2) Condição do escopo: o direito à participação deve incluir, minimamente:

1.2.a) a cientificação efetiva dos indivíduos especificados na condição do interesse;

⁵⁹⁶ PETERS, Christopher. *A matter of dispute*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 82. Segundo Peters, portanto, para que a decisão decorrente do processo judicial sirva de fonte legítima de autoridade, três fatores mostram-se fundamentais: (a) os custos em deixar uma dada disputa sem resolução (incluindo não apenas os custos aos litigantes, mas os custos que recaem a terceiros e à sociedade em geral); (b) a acurácia esperada do processo para o qual a disputa será submetida; e (c) a probabilidade de que os demais membros da sociedade farão um “cálculo moral” similar, submetendo suas disputas ao processo, bem como acatando seus resultados. A partir de tais fatores, os potenciais litigantes têm uma razão *ex ante* para submeter suas disputas ao processo P e, a partir disso, para acatar, *ex post*, os seus resultados, na medida em que, perante os potenciais litigantes, apresenta-se como razoavelmente capaz de gerar resultados com acurácia. Ao submeter *ex ante* sua disputa ao processo P, cada litigante aceita o risco de que o resultado, naquele caso específico, resulte errôneo; acatando o resultado de P, *ex post*, a crença do litigante na incorreção do resultado não tem o condão de, por si só, infirmar a autoridade da decisão decorrente de P. Tal autoridade somente é infirmada, nesse contexto, a partir da crença da acurácia de P em geral, e não apenas em relação ao caso específico em questão. É dizer: a crença na incorreção substancial da decisão não infirma, por si só, os indicadores de acurácia do processo P, que gerou a decisão; outrossim, tal crença contrapõe-se aos custos sociais associados à desobediência da decisão. Quanto maiores os custos advindos da não-resolução da disputa, menores os referenciais de acurácia que o potencial litigante pode, razoavelmente, exigir do processo P.

⁵⁹⁷ SOLUM, 2004, p. 305.

1.2.b) a oportunidade, equânime e significativa, de apresentação de argumentos e de provas que sejam relevantes à disputa.

1.3) Condição da impraticabilidade: se a cientificação e/ou a oportunidade de apresentação de argumentos e provas for impraticável, ao indivíduo interessado ausente deve ser oportunizado uma representação substitutiva, de molde a dar conta do interesse desse indivíduo; outrossim, ao indivíduo representado deve ser dada oportunidade de impugnar a adequação de sua representação.

2 - Acurácia: os arranjos institucionais onde se dão os litígios civis devem ser estruturados de molde a maximizar a probabilidade de obtenção de resultados juridicamente corretos no processo. O processo deve se apartar do objetivo de maximização da acurácia somente a partir das seguintes condições:

2.1) Condição dos direitos substantivos básicos: a acurácia não deve ser maximizada ao ponto de violar direitos substantivos básicos, como as liberdades fundamentais;

2.2) Condição da distribuição equânime do risco de erro: a acurácia não deve ser maximizada de molde a inviabilizar a distribuição equânime do risco de erro no resultado do processo;

2.3) Condição da acurácia sistêmica: a acurácia (“acurácia do caso”) não deve ser maximizada de molde a inviabilizar a criação de novos procedimentos que visem à acurácia sistêmica, bem assim de molde a inviabilizar que as normas decorrentes da aplicação judicial do direito sejam suscetíveis de cumprimento pelos destinatários mediante um esforço razoável; por fim, incumbe maximizar a acurácia sistêmica quando o arranjo institucional não dará ensejo à ausência de acurácia nos casos particulares;

2.4) Condição dos custos: a acurácia não deve ser maximizada de molde a dar azo à excessividade dos custos sistêmicos da aplicação judicial do direito em relação à (ausência de) magnitude dos interesses em questão.

3 - Ordem léxica dos critérios: os critérios supra devem ser satisfeitos em ordem léxica: assim, a participação deve ser considerada de forma prioritária em relação à acurácia. As condições do critério da acurácia também devem ser satisfeitos em ordem léxica; em casos de conflito, a primeira condição tem precedência sobre as demais, a segunda tem precedência sobre as demais menos a primeira, e assim sucessivamente.

A função social da processualística como autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional assenta-se, portanto, na “responsabilidade” da dogmática processual quanto ao delineamento dos critérios de justiça processual - essencial para que as decisões judiciais sirvam de fonte de autoridade legítima⁵⁹⁸ -, com vistas à controlabilidade da função jurisdicional. Essa controlabilidade, por seu turno, resulta da interação entre a justiça processual e a justiça substantiva, interação por meio da qual se insere a replicabilidade de direitos substantivos pela tutela jurisdicional.

12.3 TUTELA JURISDICIONAL E ALOCAÇÃO DO RISCO DE ERRO

Como se viu, a análise da tutela jurisdicional - e de sua relação de replicabilidade com os direitos substantivos -, como fonte autoritativa legítima de imposição de normas de conduta, perpassa pela diferenciação entre a justiça substantiva (e da especificação de suas modalidades) e a justiça processual. No particular, a autoridade legítima da tutela jurisdicional depende do metadiscurso do qual ela serve de referência: assim se defende que a processualística tem função social que pode ser vista como autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional.

A autoridade da tutela jurisdicional significa, em outros termos, a normatividade que ela representa como resultado da atividade processual, de cuja legitimidade depende o acatamento das normas individuais e concretas que possa ser dissociável dos méritos substantivos de cada decisão em particular. Ou seja: a tutela jurisdicional deve representar conteúdos normativos que, embora possam ser vistos por seus destinatários, em casos particulares, como moral ou juridicamente errôneos, ainda assim fornecem razões para a adoção de condutas (razões independentes do conteúdo, portanto).

Fundamental à legitimidade, como se expôs, são os critérios de justiça processual, fundados em três vetores fundamentais: participação, acurácia e eficiência (incluindo os custos *lato sensu* aos litigantes, à administração da justiça e à sociedade em geral).⁵⁹⁹ A

⁵⁹⁸ “Law’s essential functions are to institutionalise disputes, validate the decisions given in the process and inhibit unregulated conflict. All these functions relate to order. But law cannot perform these functions or any of its others functions unless its has an authority that is recognised. This authority is made up of two elements: force or violence to back up the law, and respect for the law”. WATSON, 1977, p. 71.

⁵⁹⁹ Dando ênfase aos três vetores apontados. SHERRY, Suzanna; TIDMARSH, Jay. *Civil procedure: the essentials*. New York: Aspen Publishers, 2007.

noção-síntese de tais vetores, que alguns autores colocam como sendo a função central do direito probatório,⁶⁰⁰ aqui se defende como sendo uma função do processo judicial como um todo e, por via de consequência, como função social da processualística como instância de controle racional: a alocação equânime do risco de erro, nos termos da seguinte tese:

(TAERE): A função social da processualística é a construção de modelos de alocação equânime do risco de erro no processo civil, construção que reflete a avaliação fundamental dos custos sociais comparativos das decisões errôneas (sob o aspecto fático e/ou jurídico).⁶⁰¹

A avaliação fundamental dos custos sociais comparativos das decisões errôneas envolve, fundamentalmente, duas questões: a primeira diz com a importância comparativa de determinado custo social que resulta dos erros decisórios; a segunda questão é como tais custos são comparados ou comparáveis com determinados objetivos sociais. A primeira questão envolve a concepção de uma escala de importância comparativa dos valores subjacentes aos direitos materiais discutidos nos processos; a segunda fornece a base para a alocação de recursos para os processos. Na prática, as duas questões conectam-se no sentido do delineamento dos tipos de procedimentos que refletem - ou que irão refletir - a importância dos valores subjacentes aos direitos objeto de discussão, bem assim a importância relativa da evitação dos respectivos erros decisórios. Aliado a isso, não se pode olvidar que a importância (ou “seriedade”) dos valores subjacentes aos direitos precisam ser consistentemente mantidos nas decisões judiciais. Nesse contexto, Denis Galligan aduz que quando da criação de um direito já há uma pressuposição no sentido de que certo interesse merece, exige ou justifica a proteção do direito em questão; porém, outra decisão é exigida, atinente à determinação acerca de qual o grau de seriedade da violação do direito, em determinado ocasião ou contexto decisório, decisão que implica uma avaliação comparativa ou de importância relativa (à seriedade da violação de outros direitos).⁶⁰² As duas decisões referidas são necessárias sempre que exista - e sempre existe - o risco de procedimentos inadequados ou imperfeitos. Segundo Galligan, a importância prática do valor subjacente a determinado direito é avaliado, em última instância, a partir da resposta dada à segunda decisão, ou seja, em que grau de seriedade a proteção do direito é socialmente valorada (consideração que confere suporte à

⁶⁰⁰ Por todos, STEIN, Alex. *Foundations of evidence law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 118.

⁶⁰¹ Ou, em outros termos: a construção de modelos de alocação equânime do risco de erro afeta a propensão ou frequência comparativa dos tipos de erros adjudicativos, refletindo, de conseguinte, a avaliação da desutilidade social comparativa de cada um (tipo de erro).

⁶⁰² GALLIGAN, 1996, p. 121.

tese TT: a função social da processualística identifica-se com a tutelabilidade dos direitos - Capítulo 11, 11.3).

A alocação do risco de erro no processo civil está diretamente associada aos padrões de prova (Capítulo 4, 4.2); como se expôs, à luz do modelo cognoscitivista de processo (Capítulo 6, 6.3), os padrões não se restringem aos enunciados fáticos, porque os enunciados jurídicos também exigem padrões para sua aceitação como verdadeiros, tendo em vista a existência do critério de reconhecimento de normas jurídicas (Capítulo 5, 5.2 e 5.3). A noção-síntese em tela não se limita ao direito probatório, portanto.

Juntamente com a alocação do risco de erro, a minimização do erro (ou maximização da acurácia)⁶⁰³ é colocada pelos autores como função primordial do direito probatório. Todavia, e pelas mesmas razões, não há porque limitar tal função ao direito probatório; é uma função do direito processual civil como um todo. Nesse contexto, e sem prejuízo da ordem léxica dos critérios de justiça processual, há um sentido em que a acurácia ostenta uma importância central, conforme já exposto no Capítulo 6, 6.3: ela é fundamental no sentido de que o sistema não concretizaria os demais valores processuais sem um suficiente grau de acurácia.⁶⁰⁴ Assim, o processo judicial que, sistematicamente, apresentasse como resultados julgamentos falsos ou errôneos daria ensejo a enormes custos tanto aos litigantes quanto à sociedade em geral; comprometeria, gravemente, o valor da participação, bem assim da imparcialidade; criaria imprevisibilidade e insegurança que frustraria a função de guia de condutas; e, a partir disso, seria percebido com injusto e ilegítimo. Quanto à participação (e à imparcialidade), embora seu valor processual intrínseco consista no fato de que ela não se limita à contribuição à acurácia dos resultados, os cidadãos a tem em conta, ao menos em parte, justamente por tal razão.⁶⁰⁵ Por seu turno, o valor da eficiência igualmente decorre, em

⁶⁰³ Alex Stein aduz que a maximização do número total de decisões corretas decorre da consideração, pelos julgadores, das melhores chances de obtenção de resultados corretos como sendo um fator decisivo. Segundo Stein, o objetivo de minimização do erro trata cada erro como uma “unidade de inutilidade fixa” (u). Sob tal suposição, a utilidade social exige que o litigante cuja versão fática ostente a probabilidade P deve prevalecer sempre que $Pu > (1-P)u$, ou seja, sempre que $P > 0.5$. A “regra” $P > 0.5$ minimiza o número esperado de erros adjudicativos; trata-se de um padrão, ou, de outro giro, de um modelo de alocação do risco de erro. STEIN, 2005, p. 144.

⁶⁰⁴ Nesse sentido, Michael Bayles aduz que o propósito de busca da verdade no processo é inerente às decisões de impõem ônus ou concedem benefícios, como são as decisões que veiculam tutela jurisdicional. A verdade não precisa ser vista como um fim em si mesmo: ela serve à aplicação correta de normas. Assim, os objetivos subjacentes às normas - como justiça ou eficiência, por exemplo - não podem ser racionalmente concretizados, seja em relação ao caso particular, seja como precedente para os demais casos, se a situação posta sob julgamento não é compreendida e descrita com um mínimo de acurácia. BAYLES, Michael. *Procedural justice*. Kluwer: Dordrecht, 1990. p. 116.

⁶⁰⁵ “Various factors about the nature of decision-making point to a presumption that those affected should be heard, where the level of involvement should depend on the importance of the interests at stake and the seriousness of the consequences for them”. GALLIGAN, 1996, p. 143.

parte, por sua contribuição à acurácia: o sistema que é mais eficiente em rechaçar demandas infundadas, por exemplo, consegue destinar mais recursos (materiais e humanos) e tempo às demandas fundadas.

O processo judicial implica custos na obtenção de determinados fins; ele deve ter como um dos seus objetivos, portanto, a minimização desses custos.⁶⁰⁶ O custo das decisões incorretas é o de “custo do erro” (CE) - que, além de custo social, é um custo em relação àquele que recai a decisão errônea -, e o custo da tomada de decisões é o “custo direto” (CD). O objetivo de minimização dos custos significa, assim, minimização da soma do custo do erro com o custo direto (CE+CD). O intento de minimizar apenas o custo direto pode resultar em um custo do erro exorbitante; reversamente, o incremento do custo direto para incremento na acurácia pode se tornar excessivamente elevado em relação à redução do custo do erro. Como exposto, o custo do erro diz respeito ao custo decorrente de uma decisão incorreta. Para fins de simplificação de análise, pode-se dizer que a decisão judicial pode dar ensejo a quatro resultados (do ponto de vista da correlação entre alocação e correção jurídica): (a) alocar o ônus ou o benefício àquele litigante juridicamente merecedor (do ônus ou benefício) (DC); (b) alocar àquele que não é juridicamente merecedor (DI); (c) não alocar ao juridicamente merecedor (=DC); ou (d) não alocar ao que não é juridicamente merecedor (=DI). DC e =DI são decisões corretas; DI e =DC são decisões incorretas, que resultam em uso ineficiente de recursos, porque não dão margem à obtenção dos propósitos substantivos.⁶⁰⁷

Em tema de alocação do risco de erro,⁶⁰⁸ Michael Bayles aponta a necessidade de agregar, ao custo econômico (*lato sensu*, que inclui o fator temporal), a noção de “custo moral” (CM) - que, além de custo social, é um custo em relação àquele que recai a decisão

⁶⁰⁶ “The demands on a society’s resources are many and usually outstrip what is available; compromises have to be made and balances have to be struck between competing social goals. The result may be that, because of other pressing social goals, the resources available for legal processes fall short and a less than satisfactory system is accepted. Inadequate procedures will lead to mistakes and at least some of those mistakes will result in the failure to give effect to rights”. Ibidem, p. 114.

⁶⁰⁷ BAYLES, 1990, p. 119.

⁶⁰⁸ Em princípio, os erros em tela concretizam-se quando os processos falham no sentido de levar ao resultado especificado pelo direito. Sem embargo, cumpre destacar que nem sempre os resultados são claramente definidos, como, por exemplo, no âmbito de decisões marcadamente discricionárias, onde mais de uma decisão, evidentemente, é admitida como consentânea com o escopo dos poderes decisórios correspondentes. Todavia, e malgrado se possa dizer, nesse contexto, que algumas decisões são melhores do que outras, determinada decisão pode ser considerada como errônea, caso ela vá para além das opções decisórias permitidas, ou viole direitos (materiais ou processuais). Nesse contexto, mostra-se útil a classificação feita por Jeffrey Brand-Ballard: “[...] in any court case to be decided, a possible result, R1, is normatively superior to another possible result, R2, if and only if it is true that the judge would have a stronger reason to reach R1 than R2 if the law permitted him to reach either; a result is normatively optimal if and only if no other result is superior to it; a result is normatively suboptimal if and only if it is not optimal. [...] Legally regulated cases divide into four categories corresponding to the four normative categories of results: required; optimal-but-not-required; suboptimal-but-permissible; and impermissible”. BRAND-BALLARD, Jeffrey. *The limits of legality*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 75.

errônea -, que diria respeito a determinadas violações de direitos básicos.⁶⁰⁹ O objetivo do processo, assim, passa a significar a minimização da soma dos custos econômicos e morais do erro com o custo direto: $CE+CM+CD$. A ideia de “custo moral”, que é também um custo social, serve à diferenciação de importância entre os erros possíveis. Ou seja: porque determinados erros implicam maiores custos morais ou sociais, o processo deve ser delineado, por meio de determinados padrões, de molde a evitar a ocorrência destes erros (de elevados custos morais ou sociais). Por exemplo: DI pode ser considerada como uma decisão que dá azo a maiores custos sociais em relação a =DC; assim, o sistema deve ser estruturado de molde a que se evite, de forma mais intensa, a ocorrência de DI. DI, assim, implica $CE+CM$, enquanto =DC implica apenas CE. É dizer: =DC é socialmente preferível a DI; para a implementação dessa preferência, necessária a construção de modelos de alocação do risco de erro no processo judicial, necessidade da qual recai função social à processualística.

A fórmula da função do processo como “minimização da soma($CE+CM+CD$)”, outrossim, corrobora a TVC como função social da processualística (Capítulo 8, 8.2): a inserção dos CM na fórmula, juntamente com os CE e os CD, exige a construção de um denominador comum para fins de comensurabilização entre aqueles e estes, denominador cuja obtenção, ainda que forma mínima ou aproximada, confere valor-de-comensurabilidade aos modelos responsáveis pela modelagem dogmática da experiência jurídico-processual (Capítulo 1, 1.3 e Capítulo 3, 3.1). A obtenção de um denominador comum entre custos morais e econômicos (*lato sensu*) do erro e custos diretos, destarte, é outra forma de perspectivar a comensurabilização entre o(s) valor(es) subjacente(s) às tutelas materiais e o(s) subjacente(s) às tutelas jurisdicionais dos direitos. Nesse sentido, Denis Galligan aduz que os processos devem objetivar: (i) resultados com acurácia (minimizando os custos do erro); mas, ao mesmo tempo - e dada a inevitabilidade dos erros -, (ii) a ocorrência de resultados errôneos com menores custos sociais em relação à ocorrência de resultados errôneos com maiores custos sociais (por exemplo, no processo penal, é socialmente preferível que ocorram mais absolvições errôneas do que condenações errôneas - minimização dos custos morais); (iii) o respeito aos valores subjacentes aos direitos não (estritamente) relacionados ao resultado

⁶⁰⁹ BAYLES, op. cit., p. 122. Denis Galligan divide os custos morais em custos relacionados ao resultado (do processo) e custos não-relacionados ao resultado: “procedures should aim to minimize both kinds of moral costs; in the case of the moral costs relating to outcomes, that is done by achieving the correct outcomes, while for moral costs relating to non-outcome values, it is done by maximizing compliance with them”. GALLIGAN, 1996, p. 124. A implementação de valores não-relacionados ao resultado rende ensejo à diminuição do nível de acurácia: as regras de restrição à utilização das confissões como prova servem de exemplo. Todavia, a implementação de valores não-relacionados ao resultado podem dar azo ao aumento na acurácia do resultado: a participação em contraditório ilustra o ponto. Por outro lado, a observância estrita de valores não-relacionados ao resultado proporciona acréscimo nos custos diretos.

(como a participação - minimização dos custos morais não-relacionados ao resultado); e (iv) utilizar o mínimo possível de recursos para a tomada de decisões (minimização dos custos diretos).⁶¹⁰

Como exemplo, tome-se um processo cuja controvérsia consista no reconhecimento de paternidade, em comparação a um processo atinente à responsabilidade civil por acidente de trânsito. O custo moral ou social de uma decisão errônea no primeiro caso é distinto do custo moral ou social no segundo caso; naquele, a fórmula entre probabilidade (P) e unidade de desutilidade fixa (u) é $P > 0.75$, ao passo que neste, como visto, é $P > 0.5$. Isso porque $P > 0.5$ minimiza o número esperado de determinados erros adjudicativos, sob a pressuposição de que os custos morais ou sociais das decisões errôneas - alocação ao litigante que não é juridicamente merecedor (DI) e não-alocação ao litigante que é juridicamente merecedor - são indiferentes em relação às posições jurídico-processuais (parte autora ou parte ré no processo). Por isso a alocação do risco de erro em um processo atinente à responsabilidade civil em acidente de trânsito se dá por meio do estândar da preponderância de provas: o custo do erro em alocar responsabilidade - e, por conseguinte, condenação - ao litigante que não é juridicamente merecedor (“falso positivo”) não é considerado moral e socialmente mais pernicioso do que o custo do erro em não alocar responsabilidade e condenação ao litigante que é juridicamente merecedor (“falso negativo”).⁶¹¹ No processo cuja controvérsia consista no reconhecimento de paternidade, ao contrário, o “falso positivo” (o reconhecimento da paternidade daquele que não é pai) é considerado moral e socialmente mais pernicioso do que o “falso negativo” (o não-reconhecimento da paternidade daquele que é pai). Ou seja: =DC é socialmente preferível a DI; para a implementação dessa preferência, necessária a construção de um modelo de alocação do risco do erro que minimize o número daqueles erros adjudicativos cujos custos morais ou sociais são maiores em relação ao outro tipo de erro. A tutela jurisdicional, nesses moldes, será concedida apenas na hipótese de satisfação - grau de

⁶¹⁰ GALLIGAN, 1996, p. 125. Galligan destaca que nem todos os erros dão azo a custos morais; determinados erros dão margem a custos (custos do erro) relacionados aos resultados, no sentido de que certos objetivos sociais não são atingidos. Destarte, os processo devem objetivar a obtenção de resultados que se matem dentro de determinada margem de erro, previamente delineada - fruto de comensurabilização entre custos morais e econômicos do erro e custos diretos.

⁶¹¹ “The guiding principle is to treat people with equal concern and respect; what constitutes equal concern and respect in this context should be the relative importance of the substantive rights at issue. A mistaken conviction for a serious crime is a more serious violation of rights than the wrongful denial of a welfare benefit, even though the latter might be very important. Such differences ought to be reflected in the distribution of risk”. GALLIGAN, 1996, p. 119.

certeza para aceitação de enunciados como verdadeiros - do estândar da prova clara e convincente.⁶¹²

A partir disso, pode-se perceber mais claramente a íntima correlação entre TAERE e TVC: o grau de certeza - e, por conseguinte, o estândar de prova - requerido para o juiz aceitar determinados enunciados como verdadeiros varia conforme as consequências decorrentes de tal aceitação.⁶¹³ Em uma ação civil de improbidade administrativa, por exemplo, a consequência da aceitação do enunciado “a parte ré atuou de forma ímproba” como verdadeiro redundaria na aplicação de severas sanções; caso o enunciado aceito como verdadeiro não seja efetivamente verdadeiro, tem-se um erro decisório cujo elevado custo moral ou social torna racional que a alocação equânime do risco desse erro se dê por meio do estândar de prova clara ou convincente (ou, inclusive, por meio do estândar da prova além da dúvida razoável, próprio ao processo penal), e não por meio do estândar da preponderância de provas. A avaliação fundamental dos custos sociais comparativos das decisões errôneas (sob o aspecto fático e/ou jurídico) implica a obtenção de um mínimo denominador comum entre custos morais e econômicos (*lato sensu*) do erro e custos diretos;⁶¹⁴ implica, portanto, a comensurabilização entre o(s) valor(es) subjacente(s) às tutelas materiais e o(s) subjacente(s) às tutelas jurisdicionais dos direitos. O delineamento das variações dos graus de certeza requerido para o juiz aceitar determinados enunciados como verdadeiros pressupõe, nesse

⁶¹² Importante, nesse contexto, a distinção feita por Michael Pardo entre estândares de primeira ordem e estândares de segunda ordem. A partir dos objetivos de minimização e alocação do erro, os estândares de segunda ordem - que são “explanatórios” - fornecem o critério de aplicação dos estândares de primeira ordem. Assim, segundo Pardo: (1.a) estândar de primeira ordem: a assertiva fática deve ser provada por preponderância de provas; (1.b) estândar de segunda ordem: a assertiva fática é tida por provada por preponderância de provas quando a melhor explicação das provas do processo incluem a assertiva em questão; (2.a) estândar de primeira ordem: a assertiva fática deve ser provada por meio de prova de prova clara e convincente; (2.b) estândar de segunda ordem: a assertiva fática é tida por provada por meio de prova clara e convincente quando a explicação das provas do processo que incluem tal assertiva é clara e convincentemente melhor do que a(s) explicação(ões) que não a inclui(em); (3.a) estândar de primeira ordem: a assertiva fática deve ser provada para além de qualquer dúvida razoável; (3.b) estândar de segunda ordem: a assertiva fática é tida por provada para além de qualquer dúvida razoável quando existir uma explicação plausível das provas do processo que inclui tal assertiva, não existindo uma explicação plausível que não a inclui. PARDO, Michael. Second-order proof rules. *Florida Law Review*, v. 61, 2009. p. 1104.

⁶¹³ É dizer: o grau de certeza é diretamente proporcional à gravidade da alegação cuja verdade é objeto de disputa, bem como proporcional às consequências decorrentes da aceitação de tal alegação como verdadeira. Sobre a diferença entre verdade de enunciados e aceitação de enunciados como verdadeiros, vide Capítulo 4, 4.3. No ponto, aduz Gary Lawson: “the degree of certainty, and hence the standard of proof, that people require before accepting propositions as true for particular purposes varies with the consequences of that acceptance. If accepting a proposition as true for some purpose means that one should act in a particular way, there does not appear to be any sensible way to select a standard of proof without reference to the consequences of that action”. LAWSON, 1992, p. 879.

⁶¹⁴ Se os custos morais não podem ser assimilados aos custos econômicos, a associação entre ambos pode ser vista de modo indireto: quanto maior o intento em evitar custos morais, maiores os custos econômicos. Assim, seguindo no exemplo da ação de improbidade administrativa, o custo do incremento das ações administrativas ímprobadas resultante de um estândar mais rigoroso do que o da preponderância de provas é o “preço” exsurgente do custo moral em punir, por improbidade, um inocente.

contexto, determinada concepção a respeito dos fins e valores para cuja concretização serve o processo judicial, que é a linguagem-objeto da metalinguagem consistente na processualística. Trata-se da relação entre o plano material e o plano processual: quanto mais significativa ou relevante (ou quanto maior o valor) das questões substantivas, econômica ou moralmente, maiores os custos do erro decisório no processo judicial.⁶¹⁵ Nesse contexto, a autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional coloca-se em duas dimensões: (a) possibilitar - por meio da formulação e delineamento de critérios - a identificação de decisões errôneas (para que tenha sentido se falar em custo do erro); e (b) quando isso não for possível, exercer controle racional sobre a discricionariedade decisória inevitavelmente decorrente da margem de indeterminação existente na aplicação judicial do direito.

Nessa ordem de ideias, e conforme foi exposto a respeito dos critérios de justiça processual, o processo tem valores que não são estritamente dependentes de seus efeitos na acurácia dos resultados e, portanto, da inacurácia nos resultados (custo do erro) e os custos do procedimento (custo direto), embora os valores em tela, como igualmente destacado, dependam, em grande parte, de tais efeitos na acurácia. Consoante aduz Michael Bayles, a “linha causal” do processo para os custos econômicos e morais do erro se dá em direção aos resultados específicos, diferentemente da “linha causal” do processo para os valores ou benefícios não estritamente dependentes dos resultados específicos,⁶¹⁶ sintetizados no valor da participação.

Esses “benefícios processuais” (BF), não estritamente dependentes de sua contribuição à acurácia dos resultados, são apartados do custo direto (CD); a fórmula do objetivo do processo passa a ser, assim: “minimização da soma(CE+CM+CD-BF)”. Os BF são subtraídos, e não adicionados, porque os demais termos da fórmula representam custos, e o objetivo é a minimização do total (contido na fórmula).⁶¹⁷ Tal fórmula retém a relação fundamental, supra aludida, entre significância das questões substantivas e magnitude dos custos do erro, sem perder de vista que o valor da participação não depende, exclusivamente, de sua contribuição à acurácia do resultado do processo, ainda que ele seja crucial para tanto, especialmente em virtude da falibilidade epistêmica dos julgadores. Outro modo de visualizar o ponto é destacando que a contribuição à resolução da disputa pode se dar sem a correspondente

⁶¹⁵ Alex Stein aduz que o custo do erro seria o “custo substantivo”, e o custo dos procedimentos adotados para fins de minimização do erro seria o “custo procedimental” (que, a rigor, é o próprio “custo da acurácia”). STEIN, 2005, p. 01. O objetivo do processo seria, assim, a minimização da soma agregada do custo substantivo e do custo procedimental.

⁶¹⁶ BAYLES, 1990, p. 128.

⁶¹⁷ Ibidem, p. 129.

contribuição à acurácia do resultado, disso decorrendo a associação entre participação e legitimidade das decisões judiciais. A falta de legitimidade (ou aceitabilidade), por outro lado, rende ensejo ao incremento do custo direto e ao decréscimo da própria efetividade do processo.⁶¹⁸

Nesse ponto já é possível perceber a relação entre replicabilidade de direitos subjetivos (pela tutela jurisdicional) como controlabilidade da função judicial e alocação do risco de erro. Com efeito, a tutela jurisdicional de direitos substantivos depende da acurácia do procedimento que se reflete na decisão final; como a atividade judicial se dá em condições de incerteza, a determinação dos fatos (e também do direito) implica risco de erro. A postulação de tutela jurisdicional de direito substantivo depende, portanto, da alocação do risco de erro. Sem embargo, e como se viu, a acurácia - situada no domínio da racionalidade epistêmica - não exaure a justiça processual, também informada, assim como a noção-síntese de distribuição equânime de risco do erro, pela participação e eficiência, como valores informativos dos critérios para tal distribuição⁶¹⁹ que, conforme exposto, reflete a avaliação fundamental dos custos sociais comparativos das decisões errôneas. Aqui não se está mais no domínio da racionalidade epistêmica, mas sim no da racionalidade prática.⁶²⁰ Novamente, exsurge a correlação entre TAERE e TVC: a alocação ou distribuição equânime do risco de erro envolve tanto a busca da verdade como objetivo epistêmico quanto a exigência de

⁶¹⁸ Michael Bayles aduz que as decisões de alocação de encargos ou benefícios envolvem, fundamentalmente, a busca da verdade e a busca de resolução do conflito. Ambos os propósitos devem ser buscados com o menor custo possível (incluindo o custo direto dos procedimentos). O propósito de busca da verdade diz respeito, primariamente, à evitação dos custos econômicos e morais do erro. O propósito de resolução da disputa diz respeito aos benefícios processuais que tornam mais provável a aceitação prática dos resultados decisórios. Os princípios processuais tradicionais justificam-se, assim, na medida em que servem à redução do custo do erro e do custo direto, bem como servem à promoção dos benefícios processuais. Assim, por exemplo, a imparcialidade justifica-se porque serve à redução do custo do erro: julgadores parciais são menos propensos à emissão de decisões corretas. A imparcialidade, portanto, está intimamente relacionada à acurácia. Ainda como exemplo, a evitação do custo direto - eficiência em sentido amplo, incluindo o fator temporal - suporta a necessidade de respeito às regras processuais (e ao formalismo processual em geral), bem assim aos precedentes em particular, respeito a partir do qual decorre a inteligibilidade e a previsibilidade das decisões. *Ibidem*, p. 135.

⁶¹⁹ Segundo Alex Stein, a distribuição equânime do risco de erro envolve duas exigências: a primeira atinente à “igualdade primária” exige que, no curso do processo, o julgador não exponha o autor a um risco de erro mais elevado em relação ao réu, e vice-versa; a segunda atinente à “igualdade corretiva”, que diz respeito ao comportamento processual dos litigantes, exigindo que as “tentativas” de imposição do risco de erro, de um litigante em relação ao outro, se deem de forma recíproca. Ao julgador incumbe evitar a imposição não-recíproca de risco de erro de um litigante em relação ao outro; a violação da reciprocidade gera desigualdade injustificada na imposição do risco de erro. STEIN, 2005, p. 217.

⁶²⁰ Nesse sentido, Larry Laudan aduz que o objetivo de redução do erro concerne a valores epistêmicos; o objetivo de distribuição do erro, por seu turno, concerne a valores não-epistêmicos (que inclui, por exemplo, o uso eficiente dos recursos materiais e humanos). LAUDAN, Larry Laudan. *Truth, error, and criminal law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 2. Segundo Laudan, no domínio jurídico, onde exista a necessidade de tomada de decisões, existirá (implícita ou explicitamente) um padrão de prova a elas associado; a existência de um padrão de prova, a seu turno, é a expressão implícita acerca dos custos (não apenas os estritamente econômicos) que decorrem dos “sucessos” e “fracassos” advindos das decisões.

decidibilidade como racionalidade prática; a comensurabilidade entre valores (plano material e plano processual), igualmente, depende de ambas as modalidades de racionalidade. É no contexto de condições de incerteza e de alocação de risco de erro que se dá a replicabilidade dos direitos substantivos pela tutela jurisdicional, replicabilidade que se confunde com a própria possibilidade de identificação de decisões errôneas (para que tenha sentido falar-se em custo do erro). Quando tal replicabilidade não se mostrar possível, ela continua a funcionar como um parâmetro ideal que possibilita o controle racional sobre a discricionariedade decisória (inevitavelmente decorrente da margem de indeterminação existente na aplicação judicial do direito). A correlação apontada entre TAERE e TVC permite, inclusive, a formulação de uma segunda versão de TVC:

(TVC2): a função social da processualística decorre do valor-de-comensurabilidade dos modelos dogmáticos por ela construídos; tais modelos intentam promover a comensurabilização entre os valores associados à redução ou minimização do erro (ou maximização da acurácia) e os valores associados à alocação ou distribuição do erro no processo civil.⁶²¹

TVC2 funda-se na consideração fundamental de que no processo judicial em geral, e na deliberação envolvida no julgamento judicial em especial, interconectam-se a razão teórica ou epistêmica (razão sobre o que crer) e a razão prática (razão sobre o que fazer).⁶²² Nesse sentido, a justificação prática em relação à asserção Y é vista como uma ação cuja avaliação é feita independentemente da verdade de Y; a justificação epistêmica, a seu turno, é aquela cuja avaliação é feita à luz da aceitação de Y como verdadeira. Ambos os tipos de justificação caracterizam o julgamento judicial; a deliberação é prática no sentido de que ela se direciona à emissão de uma decisão sobre o que fazer: deve o julgador declarar (ou não declarar), constituir (ou não constituir), condenar (ou não condenar), executar (ou não executar), mandar (ou não mandar)? Ou: conceder ou não conceder determinada tutela jurisdicional (dando ensejo às consequências jurídicas e práticas daí decorrentes)? A deliberação é teórica no sentido de que ela se direciona a questões sobre o que deve ser objeto de crença e, de conseguinte, sobre o que deve ser objeto de asserção no caso a decidir. Por exemplo, o julgador deve avaliar a veracidade das alegações feitas por uma testemunha. Nesse sentido, e

⁶²¹ “The task of procedures is to produce the right one [outcome], or at least to produce outcomes at a level of accuracy commensurate with the gravity of the moral harm at stake”. GALLIGAN, 1996, p. 134.

⁶²² A título de exemplo: o raciocínio de um motorista acerca de qual rota tomar, se a mais segura ou a com mais belas paisagens, é um raciocínio prático (consulta aos seus interesses e desejos). O raciocínio que ele usa para determinar qual das rotas é a mais segura, ou qual tem as mais belas paisagens, é um raciocínio teórico: ele está buscando a verdade a respeito da questão.

segundo Ho Hock Lai, o aspecto prático da deliberação é dependente do aspecto teórico porque o julgador deve decidir com base na(s) crença(s) formada(s) a respeito dos fatos do caso.⁶²³ Conversamente, o aspecto prático afeta o aspecto teórico ao determinar o *quantum* de justificação exigida para a aceitação de determinada asserção como verdadeira; a dimensão prático-social correlaciona-se com a formação das crenças epistemicamente racionais.⁶²⁴ Dessa correlação entre as dimensões prática e teórica envolvidas no julgamento judicial a razão dogmática (como metalinguagem) deriva sua autoridade na tutela jurisdicional (linguagem-objeto), tendo não apenas a decidibilidade (razão prática)⁶²⁵ como seu problema definidor, mas também a verdade (razão teórica ou epistêmica).

⁶²³ LAI, 2008, p. 197.

⁶²⁴ Ho Hock Lai defende a seguinte “norma” da justificação acerca das asserções fáticas: “o julgador deve aceitar a asserção fática P como verdadeira somente se (i) a crença em P for justificada de forma suficientemente robusta, levando-se em consideração apenas as provas admitidas, ignorando as inadmitidas ou inadmissíveis, e evitando qualquer linha de raciocínio probatório objeto de proibição pelas normas jurídicas em relação ao caso em questão, e (ii) a consideração de P como verdadeira deve decorrer, ao menos em parte, do fato de o julgador ter uma crença justificada em P sob a condição (i)”. Ibidem, p. 208.

⁶²⁵ No que concerne à TVC (valor-de-comensurabilidade dos modelos dogmáticos), cumpre destacar: “commensurability is the result, rather than the precondition, of practical deliberation”. MILLGRAM, Elijah. Incommensurability and practical reasoning. In: CHANG, Ruth (Ed.). *Incommensurability, incomparability and practical reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 151.

CONCLUSÃO – ATRIBUIÇÃO DE FUNÇÃO À PROCESSUALÍSTICA: autoridade judicial e autoridade dogmática

O conceito de autoridade, dentre outros possíveis significados, envolve uma ambiguidade: ele pode significar a autoridade do especialista (ou da pessoa que tem conhecimento especializado - autoridade teórica ou epistêmica) ou a autoridade jurídica, no sentido de institucionalmente constituída conforme normas integrantes do ordenamento jurídico (investida, assim, de poder jurídico de emissão de comandos - autoridade prática ou deôntica). A autoridade da dogmática jurídica enquadra-se na primeira hipótese; a autoridade judicial, na segunda. A atribuição de função social à processualística está associada à correlação entre autoridade judicial e autoridade dogmática: tal correlação reflete aquela existente entre autoridade epistêmica e autoridade deôntica, entre verdade e decidibilidade, e entre razão teórica e razão prática.⁶²⁶

Nos termos do presente ensaio, a autoridade da razão dogmática na tutela jurisdicional confere função social à processualística (como construção de modelos da experiência jurídico-processual e como construção da unidade da ordem jurídica); ou, reversamente, das funções sociais do direito (como linguagem-objeto) decorrem funções sociais da dogmática (como metalinguagem):⁶²⁷ a existência de tais funções confere autoridade à razão dogmática que, no caso da processualística, tem como ponto focal a tutela jurisdicional, como resultado da atividade judicial, cuja nota distintiva é a promoção da correlação entre o plano do direito material e o plano do direito processual.

A função social da processualística é, de um lado, a sua contribuição ao delineamento e à estabilização das condições de justificação racional das decisões judiciais (notadamente, as decisões que veiculam tutelas jurisdicionais) e, de outro, a sua contribuição ao delineamento e à estabilização das condições de verdade dos enunciados jurídicos, especificamente enunciados de correlação entre direitos subjetivos [direitos na modalidade X] e tutelas

⁶²⁶ “The demands of practical and theoretical reason cannot diverge and so if it is epistemically proper to treat *p* as a reason for action, it is practically proper to do so as well”. LITTLEJOHN, 2012, p. 202.

⁶²⁷ “El primer tipo es el lenguaje legal, el lenguaje del texto jurídico con el que el legislador da a conocer las normas jurídicas. Al segundo tipo de lenguaje (que es un metalenguaje, en concreto un lenguaje que versa sobre el lenguaje legal) se le conoce como lenguaje de los juristas, y es el que se utiliza al comentar, analizar o interpretar las normas jurídicas (por ejemplo, lo utiliza el abogado para preparar sus casos y defenderlos en juicio, el juez para motivar su sentencia, el profesor de la facultad de derecho para explicar el derecho vigente). La ciencia del derecho analiza el derecho como lenguaje, y, respecto al {lenguaje que es el derecho} surge un metalenguaje científico que debe definir las reglas de uso de los términos jurídicos”. PÉREZ LUÑO, 2000, p. 177.

jurisdicionais [tutelas na modalidade Y], à luz de determinados critérios (modelos) de correlação, em vista da replicabilidade (dos direitos pelas tutelas) e, de conseguinte, da controlabilidade da função jurisdicional.

A questão jurídico-filosófica fundamental, segundo Andrei Marmor, é esta: quais são as condições que fazem com que qualquer enunciado na forma - “X [conteúdo normativo] consubstancia-se como direito objetivo no tempo T em C [com relação a um espaço e/ou população]” - verdadeiro ou falso?⁶²⁸ À base de tal questão, pode-se compreender como a autoridade da razão dogmática não está limitada àquilo comumente conhecido como argumento de autoridade:⁶²⁹ (a) X é uma autoridade (epistêmica) respeitada no domínio Y; (b) Z é um enunciado contido em Y; (c) X assevera que Z é verdadeiro; (d) logo, Z é verdadeiro. Isso porque a dogmática está entre as condições de verdade apontadas na questão de Marmor, conforme foi exposto acerca da prática de identificação do direito (Capítulo 5, 5.3), à luz da regra (ou critério) de reconhecimento. É dizer: o “problema” da dogmática não é apenas uma “questão de decidibilidade”⁶³⁰ (ou questão de argumento de autoridade, no sentido de tecnologia para possibilitar decisões), mas também uma “questão de verdade”.⁶³¹

O ponto pode ser ilustrado à luz do significado de segurança jurídica, porquanto tal significado, além de constituir elemento central do Estado de Direito, diz respeito à própria função primordial do direito (guiar condutas): segundo Humberto Ávila, a segurança jurídica:

[...] deixa de ser propriedade do Direito, para ser algo a ser buscado no Direito, mediante processos de legitimação, de determinação, de argumentação e de fundamentação normativas, capazes de enfrentar os problemas ontologicamente inerentes ao Direito - problemas de prova, de qualificação, de interpretação e de relevância. Mais do que um Direito seguro, tem-se um direito à segurança jurídica,

⁶²⁸ MARMOR, 2011, p. 3.

⁶²⁹ Argumento que, conforme destaca Douglas Walton, não é sinônimo de falácia: os argumentos de autoridade, preenchidas determinadas condições, podem ser lógica e pragmaticamente legítimos (vide WALTON, Douglas. *Appeal to expert opinion*. Pennsylvania: Pennsylvania University Press, 1997). A propósito, assente que “la opinión dominante como argumento de autoridad sirve de fundamento em la toma de decisión jurídica”. MARTÍ, Francesca Puigpelat. *Funciones y justificación de la opinión dominante em el discurso jurídico*. Barcelona: Bosch, 1994. p. 112.

⁶³⁰ “Función de favorecimiento de la decidibilidad”: “función básica de generar decidibilidad en torno a cuestiones cuya respuesta permite varias posibilidades”; “el procedimiento jurídico está vinculado básicamente a la decisión: la meta última de la actividad jurídica no es otra que la de preparar decisiones; todo pensamiento jurídico tiene este interés de conocimiento práctico”. *Ibidem*, p. 132. Mas, se de “conhecimento” prático se trata, o pensamento jurídico não pode estar voltado apenas à decidibilidade, mercê da factividade do conhecimento (ou seja, só se conhecem verdades). No ponto, vale destacar que a dogmática associa-se à construção de “premissas intermediárias” (conexões de fundamentação), ou seja, critérios de decisão que sirvam de “ponte” entre a generalidade dos dispositivos normativos e a especificidade das situações fáticas em que eles devem ser aplicados. A construção de premissas intermediárias, evidentemente, serve à decidibilidade; entretanto, não se deve descurar que o critério de aceitabilidade de premissas é a verdade.

⁶³¹ Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., ao contrário, o problema da dogmática “não é primordialmente uma questão de verdade, porém de decidibilidade”. FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 88.

não como algo presenteado pelos dispositivos normativos - como se fora unicamente um objeto a ser meramente desvelado por meio de método discursivo circunscrito à descrição da linguagem -, mas como algo a ser buscado por meio de um método metadiscursivo destinado à organização e à estruturação da experiência concernente ao uso da linguagem. A segurança jurídica, nessa perspectiva, deixa de ser garantia de conteúdo a ser encontrada por meio de fatores exclusivamente linguísticos para se transformar em garantia de respeito a ser construída por intermédio de elementos semântico-argumentativos.⁶³²

O conceito de segurança jurídica, assim, apresenta duas dimensões: uma “diz respeito ao problema do conhecimento do Direito, ao seu saber, ou à questão da comunicação no Direito, e revela quais são as qualidades que ele deve possuir para que possa ser considerado ‘seguro’ e, com isso, possa servir de instrumento de orientação ao cidadão”; a outra “refere-se ao problema da ação no tempo e prescreve quais são os ideais que devem ser garantidos para que o Direito possa ‘assegurar’ direitos ao cidadão e, com isso, possa servir-lhe de instrumento de proteção”.⁶³³ O “método metadiscursivo” diz respeito à metalinguagem dogmática; a destinação “à organização e à estruturação da experiência concernente ao uso da linguagem” diz respeito à modelagem (dogmática) da experiência jurídica, que promove a “controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais”. Tem-se, assim:

- 1) a função social primordial do direito é servir de instrumento de orientação aos cidadãos (guia de conduta);
- 2) tal função somente se torna implementável quando existente um mínimo de segurança jurídica;
- 3) pressuposto à segurança jurídica é a cognoscibilidade das “estruturas argumentativas reconstrutivas das normas gerais e individuais”;
- 4) cognoscibilidade significa um estado de coisas em que os cidadãos possuem, em elevada medida, capacidade de conhecimento de tais estruturas;
- 5) o conhecimento é factivo; logo, ele só pode dizer respeito a enunciados jurídico-descritivos verdadeiros;

⁶³² ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 666. Segurança jurídica está assim definida pelo autor: “uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas das normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de - sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade - plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro”. *Ibidem*, p. 682.

⁶³³ *Ibidem*, p. 682.

- 6) a segurança jurídica, assim, depende da possibilidade de atribuição de valores de verdade aos enunciados jurídico-descritivos;
- 7) a segurança jurídica é “algo a ser buscado por meio de um método metadiscursivo destinado à organização e à estruturação da experiência concernente ao uso da linguagem”;
- 8) o “método metadiscursivo”, que promove a “controlabilidade jurídico-racional⁶³⁴ das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais”, é a dogmática jurídica; dela depende, portanto, a possibilidade de atribuição de valores de verdade aos enunciados jurídicos;⁶³⁵
- 9) sem essa possibilidade, não há como o direito cumprir com sua função social primordial de servir de instrumento de orientação aos cidadãos;
- 10) logo, a função social primordial da dogmática jurídica é possibilitar que o direito possa servir de instrumento de orientação (guia de conduta) aos cidadãos.

Disso deriva a autoridade da razão dogmática, que pode ser vista à luz da seguinte tese:⁶³⁶

(TA): nenhum sistema jurídico pode ostentar uma autoridade minimamente legítima a menos que existam respostas determinadamente corretas em relação à vasta maioria das questões exurgentes sob suas normas.

Em relação ao ponto, esclarece Matthew Kramer que a possibilidade de atribuição de valores de verdade para enunciados jurídico-descritivos é uma propriedade semântica que diz respeito à relação entre tais enunciados e os fatos jurídicos⁶³⁷ (cujo conjunto forma a experiência jurídica - Capítulo 1, 1.1 e 1.2). Assim, a correção dos enunciados jurídico-descritivos equivale à sua verdade; sua incorreção equivale à sua falsidade.

A tese TA, de seu turno, associa-se à tese acerca da experiência jurídica:

⁶³⁴ “La controlabilidad de las decisiones jurisdiccionales sólo sería un instrumento útil para la certeza del Derecho si permitiera discernir las que son correctas (es decir, las que han aplicado las normas jurídicas previstas para el supuesto de hecho juzgado), de las que no lo son, de tal modo que el órgano de control pudiera sustituir la equivocada por la conforme con el Derecho (es decir, por la prevista)”. GANUZAS, 2000, p. 225.

⁶³⁵ Sem prejuízo, evidentemente, das demais funções da dogmática jurídica, conforme exposto no Capítulo 9, 9.3, mormente porque as demais funções também dizem respeito, de modo geral, às “estruturas argumentativas reconstrutivas das normas gerais e individuais”. Com efeito: “it is part of the predictive function of legal science to provide information about available legal reasons, because knowledge of them will add to the predictability of official behavior; it is also part of its critical function to evaluate such reasons, according to the effect they have had or are likely to have on particular areas of law”. HARRIS, 1979, p. 134. Como se vê, trata-se, a afirmativa de Harris, de uma reafirmação de TP (Capítulo 10, 10.2), a tese da prioridade lógica ou conceitual, no âmbito da dogmática, dos enunciados descritivos em relação aos enunciados não-descritivos.

⁶³⁶ Adaptada de KRAMER, 2007, p. 193.

⁶³⁷ Ibidem, p. 231.

(TEJEP): a experiência jurídica (conjunto dos fatos jurídicos) consubstancia-se como experiência proposicional; se a experiência jurídica não fosse (ao menos preponderantemente) proposicional, não haveria como o direito servir de instrumento de orientação e de proteção aos destinatários das normas jurídicas; no âmbito da experiência jurídica em geral está incluída a experiência jurídico-processual em virtude do fato de que nem todos os enunciados jurídicos têm valor de verdade determinado ou determinável⁶³⁸; a função social da processualística consiste na modelagem metadiscursiva da experiência jurídico-processual, à base da relação semântica existente entre enunciados jurídicos e fatos jurídicos.⁶³⁹

A processualística tem como ponto focal, conforme exposto, os enunciados de correlação entre direitos subjetivos e tutelas jurisdicionais, à luz de determinados critérios (modelos) de correlação, em vista da replicabilidade (dos direitos pelas tutelas) e, de conseguinte, da controlabilidade da função jurisdicional. Tal controlabilidade, a seu turno, pode ser vista como o delineamento e estabilização das condições de justificação racional das decisões judiciais (notadamente, as decisões que veiculam tutelas jurisdicionais - Capítulo 11, 11.1), condições sem as quais se tornariam inatingíveis os “ideais que devem ser garantidos para que o Direito possa ‘assegurar’ direitos ao cidadão e, com isso, possa servir-lhe de instrumento de proteção”. É importante reiterar o ponto: os critérios de correlação entre direitos e tutelas têm vista a replicabilidade e, destarte, a controlabilidade racional; isso serve para demonstrar que não há identificação entre condições de verdade dos enunciados jurídicos e condições de justificação das decisões judiciais, ausência de identificação esta que é a própria distinção entre o plano material e o plano processual. Por exemplo: as condições de

⁶³⁸ Conforme já exposto, a distinção entre os planos do ordenamento jurídico só tem sentido na medida da assunção acerca da parcial (in)determinação do direito: aqueles que sustentam que o direito é totalmente determinado ou totalmente indeterminado não têm como defender a existência de dois planos distintos.

⁶³⁹ Nessa ordem de ideias, se a experiência jurídica não fosse (ao menos preponderantemente) proposicional, a segurança jurídica não seria realizável e, destarte, não seria realizável a certeza jurídica como previsibilidade - suscetibilidade de planificação juridicamente informada das eleições práticas individuais -, que depende de mecanismos inferenciais indutivos (e, portanto, de mecanismos calcados na experiência). Gianmarco Gometz define certeza jurídica como a possibilidade, difundida entre os indivíduos compreendidos entre uma classe dada, de prever a gama de consequências suscetíveis de enlaçamento, espontâneo ou coativo, com atos ou fatos, assim como o âmbito temporal em que tais consequências se produzirão. A certeza como previsibilidade depende do controle intersubjetivo dos critérios de verdade de asserções do tipo “X é mais ou menos certo”, e dos critérios de verdade de asserções comparativas do tipo “X é mais ou menos certo do que Y”. Em ambos os tipos de asserções as variáveis X e Y ocupam o lugar de um (setor do) ordenamento ou de determinada(s) norma(s) jurídica(s). GOMETZ, Gianmarco. *La certeza jurídica como previsibilidad*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 36. Nos termos do que se defende nesse ensaio, o controle intersubjetivo dos critérios de verdade de asserções de certeza sobre o direito é função da dogmática jurídica. A propósito, vale mencionar que “certeza” é uma propriedade epistêmica das crenças; nessa esteira, a dogmática pode ser vista como imprescindível à estabilização (de um grau robusto de certeza) das crenças que têm proposições jurídico-descritivas como seus conteúdos.

verdade do enunciado “X tem direito de propriedade do bem imóvel Y, locado para Z” não se identificam com as condições de justificação da decisão que veicula a tutela jurisdicional executiva que determina o despejo de Z do bem imóvel Y de propriedade de X (tutela esta que tem como seu pressuposto a verdade daquele enunciado).

A replicabilidade de direitos pelas tutelas, importa destacar, associa-se com a própria replicabilidade dos raciocínios judiciais e, por conseguinte, dos critérios decisórios aplicados nas decisões judiciais. Segundo Melvin Aron Eisenberg,⁶⁴⁰ se os juízes não utilizarem processos de raciocínios replicáveis pela dogmática em geral, e pelos membros integrantes das profissões jurídicas em especial, frustra-se a possibilidade de planejamento e de resolução racional de disputas (e, por conseguinte, frustra-se a segurança jurídica). Essa replicabilidade permite aos atores jurídicos identificarem o direito (generalizadamente) da mesma maneira; a replicabilidade, desse modo, serve como um mecanismo de coordenação que cria um “canal” a partir do qual o raciocínio dos atores jurídicos pode “fluir”, permitindo aos cidadãos “plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro”.⁶⁴¹ Assim, segundo Eisenberg, os membros das profissões jurídicas (e a dogmática) colocam-se como intermediários entre os tribunais e a sociedade em geral, intermediação a partir da qual se dá a “controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais”.⁶⁴²

⁶⁴⁰ EISENBERG, 1988, p. 11.

⁶⁴¹ ÁVILA, 2011, p. 682. No ponto, assinala Eisenberg: “through the use of a replicable process of reasoning, the courts can resolve a dispute on the basis of a proposition whose official recognition as a legal rule may have been predictable by the profession at the time of the transaction, even though the proposition had not yet been received such recognition at that time. Finally, replicability allows the parties to a dispute to become active participants in the adjudicative process through proofs and reasoned arguments. Such participation would be difficult or impossible if the parties did not know the kinds of proofs and arguments to which courts will attend in reaching their decisions”. EISENBERG, op. cit., p. 11.

⁶⁴² Eisenberg complementa: “an important aspect of the principle of replicability is that the courts employ a consistent methodology across cases”: “the principle of responsiveness thereby both serves as the basis of a critical feedback mechanism and enhances the court’s legitimacy by providing a measure of judicial accountability”. Ibidem, p. 12. A respeito da correlação entre replicabilidade de direitos subjetivos pelas tutelas jurisdicionais, controlabilidade das decisões judiciais e previsibilidade das consequências das condutas, importante destacar recente concepção acerca da natureza do direito, de Scott Shapiro, denominada de “Planning Theory of Law” (“Planning Thesis: legal activity is an activity of social planning”): “legal systems are institutions of social planning and their fundamental aim is to compensate for the deficiencies of alternative forms of planning in the circumstances of legality. Legal institutions are supposed to enable communities to overcome the complexity, contentiousness, and arbitrariness of communal life by resolving those social problems that cannot be solved, or solved as well, by nonlegal means alone”. SHAPIRO, 2011, p. 171.

TESES E DEFINIÇÕES

(TEJ): a experiência jurídica é a experiência formada pelo conjunto dos fatos jurídicos, que são os fatos decorrentes da incidência das normas jurídicas que lhes correspondem.

(TEJEP): a experiência jurídica (conjunto dos fatos jurídicos) consubstancia-se como experiência proposicional; se a experiência jurídica não fosse (ao menos preponderantemente) proposicional, não haveria como o direito servir de guia de conduta aos destinatários das normas jurídicas.

(TITJ): 1) a perspectivação da experiência jurídica como experiência proposicional depende do conceito de incidência jurídica (e de sua independência conceitual em relação à aplicação judicial do direito);

2) sem independência conceitual da incidência jurídica em relação à aplicação judicial do direito não há como conceber a distinção entre o plano do direito material e o plano do direito processual;

3) sem a distinção entre o plano do direito material e o plano do direito processual não há como conceber a distinção entre direito subjetivo (substancial) e tutela jurisdicional;

4) logo, a perspectivação da experiência jurídica como experiência proposicional (e o conceito de incidência jurídica) é imprescindível ao conceito de tutela jurisdicional.

(TEJP): a experiência jurídico-processual é a experiência formada pelo conjunto dos fatos jurídicos processuais, que são os fatos decorrentes da incidência das normas jurídico-processuais que lhes correspondem; a experiência jurídico-processual (conjunto dos fatos jurídicos processuais) consubstancia-se como experiência proposicional.

(TFS): as condições de verdade dos enunciados jurídicos dependem da existência de determinadas convenções sociais a respeito dos critérios para a identificação das normas como pertencentes ao sistema jurídico.

(FCC): para todo sistema jurídico existe uma convenção com uma dimensão constitutiva, a partir do qual se pode estabelecer uma regra técnica, vinculada a uma proposição anakástica social, cuja função é a de identificar de maneira autônoma o direito positivo de uma

determinada comunidade. O “ponto de vista interno” dos atores jurídicos, assim, vincula-se a fatos de cunho convencional: a proposição “na sociedade S existe a regra de reconhecimento R” pode ser analisada do seguinte modo:

(FCC.1) a maioria dos juristas da sociedade S usa os critérios C1, C2,..., Cn (que formam a regra de reconhecimento de S) em toda ocasião em que seja necessário identificar as normas do sistema jurídico de S;

(FCC.2) a maioria dos juristas de S crê que (1);

(FCC.3) a crença de que se dá (1) constitui uma razão para usar estes critérios nestas circunstâncias; e

(FCC.4) existe um conhecimento comum entre a maioria dos juristas a respeito do exposto nas cláusulas anteriores (conhecimento comum entre os participantes da prática convencional).

(TIDOE): não há diferença ontológica nem epistemológica entre questão de fato e questão de direito - o que não infirma sua diferenciação para fins pragmáticos -; não fosse tal inexistência de diferença ontológica e epistemológica, não seria concebível a existência de “fatos jurídicos”.

(RR1): 1) o conjunto de normas independentes {N1, N2,..., Nn} consubstancia o sistema originário da ordem jurídica Oj; 2) se uma norma de competência Nc, válida no sistema S1 (no tempo t), que pertence à ordem Oj, autoriza a autoridade A a promulgar a norma N, e A promulga N no tempo t, então N é válida no sistema S2 (t+1) de Oj (correspondente ao momento seguinte a t); 3) se uma norma de competência Nc, válida no sistema S1 (t), que pertence à ordem Oj, autoriza a autoridade A a revogar a norma N, que é válida em S1 (t), e A revoga N no tempo t, então N não é válida no sistema S2 (t+1) de Oj (correspondente ao momento seguinte a t); 4) as normas válidas no sistema S1 (t), que pertence à ordem Oj, que não foram revogadas no tempo t, são válidas no sistema S2 (t+1) de Oj (correspondente ao momento seguinte a t); e 5) todas as consequências lógicas das normas válidas do sistema S1 (t), que pertence à ordem Oj, também são válidas em S1 (t).

(RR2): considera-se direito válido a última Constituição e todas as normas por ela recepcionadas ou criadas de acordo com os procedimentos que estabelece, até que cesse, pelos procedimentos previstos, a existência de tais normas; são normas pertencentes (válidas) ao direito:

- (1) aquelas que figuram na Constituição;
- (2) aquelas estabelecidas de acordo com as normas que conferem poderes, contidas na Constituição, ou de acordo com as normas que conferem poderes (ou normas constitutivas), ditadas consoante as normas constitucionais que conferem poderes;
- (3) aquelas que são anteriores à Constituição e que não são com ela incompatíveis; e
- (4) aquelas que são deriváveis (como consequência lógica) das anteriores.

(TVC): a função social da processualística decorre do “valor-de-comensurabilidade” dos modelos dogmáticos por ela construídos: tais modelos, à luz de suas funções específicas e dos seus postulados de construção (incluindo a configuração de uma tecnologia própria), intentam promover a comensurabilização entre o(s) valor(es) subjacentes às tutela materiais dos direitos e aquele(s) subjacente(s) às tutelas jurisdicionais.

(AE): uma norma N1 é externamente aplicável em um tempo T a um caso individual c, que é uma instância do caso genérico C, se, e somente se, outra norma N2, pertencente ao sistema jurídico S do tempo T, obriga o julgador a aplicar N1 aos casos individuais que são instâncias de C. (O conceito de aplicabilidade externa, pois, denota uma relação triádica entre duas normas, N1 e N2, e um caso c).

(AI): uma norma N é internamente aplicável a determinado caso c se, e somente se, este caso corresponde a uma instância do caso genérico C regulado pela norma N. (Ao contrário da relação triádica capturada pelo conceito de aplicabilidade externa, a aplicabilidade interna captura uma relação diádica entre uma norma e um caso).

(TB): uma norma N é internamente aplicável a um caso c se, e somente se, N é externamente aplicável a c. Assim, a aplicabilidade interna de uma norma jurídica é condição necessária e suficiente de sua aplicabilidade externa: as normas jurídicas devem ser aplicadas unicamente aos casos que elas regulam, e somente as normas que regulam determinados casos devem ser aplicadas em relação a eles.

(TRPA): a aplicabilidade externa de uma norma N não depende da pertinência de N ao sistema jurídico em consideração, porém não é independente da pertinência ao sistema de toda norma (mais precisamente, de outra norma Y): a aplicabilidade externa envolve uma relação triádica entre duas normas (a norma N externamente aplicável e a norma Y em virtude

do qual a norma N é externamente aplicável) e um caso. Nesses moldes, a aplicabilidade externa de uma norma é independente de sua própria pertinência ao sistema jurídico, mas não é independente da pertinência da norma que estatui sua aplicabilidade externa. Logo, a pertinência de uma norma N ao sistema jurídico não é condição suficiente, tampouco necessária, para sua aplicabilidade externa a respeito de determinado caso: a norma N1 não é externamente aplicável em virtude de sua pertinência ao sistema, e sim em decorrência de outra norma N2, impositiva do dever de aplicar N1. É dizer: N2 - que estatui a aplicabilidade de N1 - deve pertencer ao sistema jurídico.

(TFSDJ): a dogmática jurídica em geral está “em função” das funções sociais do direito, e a processualística, por seu turno, está “em função” da função jurisdicional.

(CVEJ): (i) as condições de verdade dos enunciados jurídicos são formuláveis em termos de correspondência entre tais enunciados - como “portadores-de-verdade” - e a experiência jurídica, como experiência proposicional; no caso dos enunciados da dogmática processual, em termos de correspondência entre os enunciados e a experiência jurídico-processual;

(ii) uma das tarefas centrais ou prioritárias da dogmática jurídica corresponde à formulação de enunciados jurídicos;

(iii) a noção de verdade (e de falsidade) é um pressuposto fundamental à compreensão acerca do desempenho da tarefa aludida em (ii);

(iv) a noção de verdade que serve a esse propósito - compreensão do desempenho da tarefa aludida em (ii) - é aquela colocada em termos de correspondência entre enunciados jurídicos e experiência jurídica (como experiência proposicional).

(TP): no âmbito das tarefas da dogmática jurídica, a formulação de enunciados descritivos ou assertóricos ostenta prioridade lógica ou conceitual em relação à formulação de outras modalidades de enunciados (associados às demais tarefas da dogmática).

(TJ): a) a aplicabilidade externa de uma norma jurídica a um caso é condição necessária para a justificação da decisão-ato (ato de decidir do juiz);

b) a aplicabilidade interna de uma norma jurídica a um caso é condição necessária para a justificação da decisão-resultado (norma individual expressa pela decisão); logo,

c) uma decisão judicial (incluindo ato e resultado) está plenamente justificada se o juiz aplica ao caso uma norma interna e externamente aplicável.

(TT): a função social da processualística identifica-se com a tutelabilidade dos direitos.

(TLP): o direito à participação no processo deve ser garantido àqueles (potencialmente) afetados pelas decisões judiciais para que estas possam servir como fontes legítimas de autoridade; o valor da participação, nesses moldes, não está apenas em função do seu efeito nos resultados do processo.

(TAERE): a função social da processualística é a construção de modelos de alocação equânime do risco de erro no processo civil, construção que reflete a avaliação fundamental dos custos sociais comparativos das decisões errôneas (sob o aspecto fático e/ou jurídico).

(TVC2): a função social da processualística decorre do valor-de-comensurabilidade dos modelos dogmáticos por ela construídos; tais modelos intentam promover a comensurabilização entre os valores associados à redução ou minimização do erro (ou maximização da acurácia) e os valores associados à alocação ou distribuição do erro no processo civil.

(TFS): a função social da processualística é, de um lado, a sua contribuição ao delineamento e à estabilização das condições de justificação racional das decisões judiciais (notadamente, as que veiculam tutelas jurisdicionais) e, de outro, a sua contribuição ao delineamento e à estabilização das condições de verdade dos enunciados jurídicos de correlação entre direitos subjetivos [direitos na modalidade X] e tutelas jurisdicionais [tutelas na modalidade Y], à luz de determinados critérios (modelos) de correlação, em vista da replicabilidade (dos direitos pelas tutelas) e, de conseguinte, da controlabilidade da função jurisdicional.

(TA): nenhum sistema jurídico pode ostentar uma autoridade minimamente legítima a menos que existam respostas determinadamente corretas em relação à vasta maioria das questões exsurgentes sob suas normas.

(TEJEP): a experiência jurídica (conjunto dos fatos jurídicos) consubstancia-se como experiência proposicional; se a experiência jurídica não fosse (ao menos preponderantemente) proposicional, não haveria como o direito servir de instrumento de orientação e de proteção aos destinatários das normas jurídicas; no âmbito da experiência jurídica em geral está

incluída a experiência jurídico-processual em virtude do fato de que nem todos os enunciados jurídicos têm valor de verdade determinado ou determinável; a função social da processualística consiste na modelagem metadiscursiva da experiência jurídico-processual, à base da relação semântica existente entre enunciados jurídicos e fatos jurídicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *Reason and authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*. Aldershot, Ashgate, 1997.

ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

ALCHOURRON, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: CEC, 1991.

_____. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *The rules of rules*. Duke University Press, 2001.

_____. *Demystifying legal reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC, 1997.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALLEN, Ronald; PARDO, Michael. Facts in law and facts of law. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 153, 2003.

_____. The myth of the law-fact distinction. *Northwestern University Law Review*, vol. 97, 2003.

ALONSO, Fernando H. Llano. *El formalismo jurídico e teoría experiencial del derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.

ALSTON, William. *Illocutionary acts and sentence meaning*. Ithaca: Cornell University Press, 2000.

ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2009.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta, 2006.

- _____. *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel, 2007.
- AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. Cambridge: Harvard University Press, 1962.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARNETT, Randy. *The structure of liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- BARRAGÁN, Julia. Decisiones judiciales y desempeño institucional. In: MALEM, Jorge (Org.). *La función judicial*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- BAYLES, Michael. *Procedural justice*. Kluwer: Dordrecht, 1990.
- BAYÓN, Juan Carlos. *La normatividad del derecho*. Madrid, CEC, 1991.
- _____. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Analisi e Diritto*, Giapichelli, Genova, 2009.
- _____. Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? In: BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge L. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá: Universidad de Externado, 2003.
- BAZ, Avner. *When words are called for: a defense of ordinary language philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.
- BELL, John. *Policy arguments in judicial decisions*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- _____. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- BLÁZQUEZ, Francisco Oliva. *El error iuris en el derecho civil*. Madrid, Consejo General del Notariado, 2010.
- BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRAND-BALLARD, Jeffrey. *The limits of legality*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BRIGIDO, Rodrigo Sánchez. *Groups, rules and legal practice*. Dordrecht: Springer, 2010. [versão gentilmente cedida pelo autor].

BRIGIDO, Rodrigo Sánchez; SELEME, Hugo Omar. Justificación sin verdad. *Analisi e Diritto*, Giapichelli, Genova, 2002.

BULYGIN, Eugenio. Alexy between positivism and non-positivism. In: Conference on Neutrality and Theory of Law 2010, Girona: [s.n.], 2010.

_____. Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. *Alicante*, Doxa, n. 09, 1991.

_____. *El positivismo jurídico*. Mexico: Fontamara, 2006.

_____. Sobre participantes y observadores. *Doxa*, Alicante, n. 21, 1998.

BULYGIN, Eugenio; MENDONÇA, Daniel. *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BUNGE, Mario. *Teoria e realidade*. São Paulo: Perspectiva, 2008.

BURTON, Steven. *Judging in good faith*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

_____. *An introduction to law and legal reasoning*. New York: Aspen Publishers, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. Madrid, Trotta, 2008.

CARACCILOLO, Ricardo. *El derecho desde la filosofía*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2009

_____. *El sistema jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

_____. *La noción de sistema en la teoría del derecho*. Mexico: Fontamara, 2008.

_____. Sistema jurídico. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco (Org.). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000.

CARCATERRA, Gaetano. The rules of the pickwick club: a model for the theory of law. In: PINTORE, Anna; JORI, Mario (Ed.). *Law and language*. Liverpool: Deborah Charles Publications, 1997.

_____. *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*. Torino, Giappichelli, 2011.

CARTES, Lief; BURKE, Thomas. *Reason in law*. New York, Longman, 2010.

CASS, Ronald. *The rule of law in America*. John Hopkins University Press, 2001.

CHRISTIE, George. *Philosopher kings?: the adjudication of conflicting human rights and social values*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

COLEMAN, Jules. *The practice of principle*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2009.

COURTIS, Christian. El juego de los juristas. In: Christian Courtis (ed.). *Observar la ley*. Madrid: Trotta, 2006.

COVAL, S. C.; SMITH, Joseph C. *Law and its presuppositions*. London: Routledge, 1986.

CRAIG, Edward. *Knowledge and state of nature: an essay on conceptual synthesis*. Oxford: Clarendon Press, 1990.

DAHLMAN, Christian. Adjudicative and epistemic recognition. *Analisi e Diritto*, Giapichelli, Genova, 2004.

DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1991.

_____. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997.

DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritto*. Milano, Giuffrè, 2003.

DIDIER Jr., Fredie. *Regras processuais no Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2008.

DIDIER Jr., Fredie; PEDROSA NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador, Juspodivm, 2012.

DÍES-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 21, nº 81, 1996.

_____. *Capítulos de sentença*. São Paulo, Malheiros, 2008.

ENDICOTT, Timothy. *Vagueness in law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

ENGLARD, Izhak. *Corrective and distributive justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

FAIGMAN, David L. *Constitutional fictions: a unified theory of constitutional facts*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

FALCÓN Y TELLA, María José. *Lecciones de teoría del derecho*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2009.

FARNSWORTH, Ward. *The legal analyst*. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

FARRELL, Martin. La ética de la función judicial. In: MALEM, Jorge (Org.). *La función judicial*. Barcelona: Gedisa, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. The semantics of theory of law. In: *Law and Language*, PINTORE, Anna; JORI, Mario (eds.), Liverpool, Deborah Charles Publications, 1997.

_____. *Principia iuris*. Madrid, Trotta, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Atlas, 2010.

FLETCHER, George. *Basic concepts of legal thought*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

FOLEY, Richard. *When is true belief knowledge?* Princeton: Princeton University Press, 2012.

FRÄNDBERG, Ake. An essay on the systematics of legal concepts, Scandinavian studies in Law, 1987.

FRIEDMANN, Daniel. Rights and remedies. In: COHEN, Nili et al. (Ed.). *Comparative remedies for breach of contract*. Portland: Hart Publishing, 2005.

GALLIGAN, Denis. *Due process and fair procedures*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

_____. *Law in modern society*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

GANUZAS, Ezquiaga. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000.

GARDNER, John. *Law as a leap of faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

_____. What is tort law for? Part. 1. The place of corrective justice. *30 Law & Phil*, v. 1 n., 11, 2011.

GOLD, Andrew S. A moral rights theory of private law. *William & Mary Law Review*, v. 52, n. 1873, 2011.

GOLDMAN, Alan. *Practical rules*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

GOLDMAN, Alvin. *Knowledge in a social world*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

GOMETZ, Giamarco. *La certeza jurídica como previsibilidad*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

GREENAWALT, Kent. *Law and objectivity*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

_____. *Statutory and common law interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GUIBOURG, Ricardo. *La construcción del pensamiento*. Buenos Aires, Colihue, 2006.

HAGE, Jaap. *Reasoning with rules: an essay on legal reasoning and its underlying logic*. Dordrecht, Springer, 1996.

HAGE, Jaap; BROUWER, Bob. Basic Concepts of european private law. *European Review of Private Law*, Kluwer Law International, Maastricht, Working Paper 2006-7, 2007.

HALPIN, Andrew. *Reasoning with law*. Portland, Hart Publishing, 2001.

HANFLING, Oswald. *Philosophy and ordinary language*. London, Routledge, 2003.

HARRIS, J. W. *Law and legal science*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

HART, Herbert. *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

HELIN, Markku. Sobre la semántica de las oraciones interpretativas en la dogmática jurídica. In: AARNIO, Aulis et al. (Comp.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

HERNÁNDEZ, José López. *Lenguaje, normas y sistema jurídico*. Madrid: Tecnos, 2012.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 738-739.

HIERRO, Liborio. *La eficacia de las normas jurídicas*. Mexico: Fontamara, 2010.

_____. Por qué ser positivista?. *Alicante, Doxa*, n. 25, 2002.

HOECKE, Mark Van. *Law as communication*. Portland: Hart Publishing, 2002.

HOOKER, Brad Hooker. *Ideal code, real world: a rule-consequentialist theory of morality*. Oxford: University Press, 2000.

JACKSON, Frank. *From metaphysics to ethics: a defence of conceptual analysis*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

JAFFEY, Peter. *Private law and property claims*. Portland: Hart Publishing, 2007.

JIMENEZ, Marco Jimenez. Remedial consilience. *Emory Law Journal*, Research Paper 2012-2010, 2012.

JOLOWICZ, J. A. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

KLAMI, Hannu Tapami; GRÄNS, Minna; SORVENTULLA, Johanna. *Law and truth: a theory of evidence*. The Finnish Society of Sciences and Letters, 2000.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KRAMER, Matthew. *Objectivity and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

_____. *In defense of legal positivism*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

LA TORRE, Massimo. *Law as institution*. Dordrecht, Springer, 2010.

LAGERSPETZ, Eerik. *The opposite mirrors: an essay on the conventionalist theory of institutions*. Dordrecht, Kluwer, 1995.

LAGIER, Daniel González. *The paradoxes of action*. Dordrecht, Kluwer, 2010.

_____. Sobre el papel de los valores en la aplicación del derecho. In: COMANDUCCI, Paolo; AHUMADA, María; LAGIER, Daniel. *Positivismo jurídico e neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2009.

LAI, Ho Hock. *The philosophy of evidence law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LAPORTA, Francisco. Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista. *Alicante*, Doxa, n. 8, 1990.

_____. *El império de la ley*. Madrid, Trotta, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2000.

LARIGUET, Guilherme. *Dogmática jurídica y aplicación de normas*. México: Fontamara, 2007.

LAUDAN, Larry Laudan. *Truth, error, and criminal law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LAWSON, Gary. Proving the law. *Northwestern University Law Review*, v. 86, 1992.

LAYCOCK, Douglas. *The death of irreparable injury rule*. Oxford: Oxford University Press, 1991

LITTLEJOHN, Clayton. *Justification and the truth-connection*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

LUCY, William. *Understanding and explaining adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. *Philosophy of private law*. Oxford: Clarendon Press, 2007.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder, 2005.

_____. *Sistema giuridico e dogmática giuridica*. Il Mulino: Bologna, 1978.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MaCCORMICK, Neil. *Institutions of law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

MACHADO, João Baptista. *Introdução do direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*. Coimbra: Almedina, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

MALEM, Jorge. *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa, 2008.

MANERO, Juan Ruiz. *Jurisdicción y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

MARÍN, Rafael Hernández. *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid, Marcial Pons, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 2.

MARMOR, Andrei. *Positive law and objective values*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. *Social conventions: from language to law*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

_____. *Interpretation and legal theory*. Portland, Hart Publishing, 2005.

_____. *Philosophy of law*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

_____. *Truth in law*. USC Legal Studies Research Papers Series, n. 11-3, 2011.

MARRADI, Alberto. Sistema judiciário. In: BOBBIO, Norberto et al. (Org.). *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

MARTÍ, Francesca Puigpelat. *Funciones y justificación de la opinión dominante em el discurso jurídico*. Barcelona: Bosch, 1994.

McGINN, Colin. *Truth by analysis: games, names, and philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

McMYLER, Benjamin. *Testimony, trust, and authority*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Daniel. *Las claves del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2000.

MENDONÇA, Daniel; GUIBOURG, Ricardo. *La odisea constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

MILLGRAM, Elijah. Incommensurability and practical reasoning. In: CHANG, Ruth (Ed.). *Incommensurability, incomparability and practical reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 1, Rio de Janeiro, Borsoi, 1956.

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1970.

MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC, 1997.

_____. *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. Language jurídico. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000.

MORESO, José Juan; VILAJOSANA, Josep. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

MOSER, Paul; MULDER, Dwayne; TROUT, J. D. *A teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MORTON, Peter. *An institutional theory of law*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

NAVARRO, Pablo. Interpretación del derecho y modelo de justificación. *Revista de Derecho*, Temuco, v. 6, n. 6, 2005.

_____. *Los límites del derecho*. Bogotá: Temis, 2005.

_____. Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho. *Doxa*, Alicante, n. 14, 1993.

_____. Validez y eficacia de las normas jurídicas. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000.

NAVARRO, Pablo; MORESO, José Juan. Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Isonomia*, Mexico, n. 5, 1996.

NAVARRO, Pablo; MORESO, José Juan; Redondo, Cristina. *Conocimiento jurídico y determinación normativa*. Mexico, Fontamara, 2002.

NAVARRO, Pablo; Redondo, Cristina (comps.). *La relevância del derecho*. Barcelona, Gedisa, 2002.

NEVES, António Castanheira. Entre o 'legislador', a 'sociedade' e o 'juiz' ou entre 'sistema', 'função' e 'problema': os modelos actualmente alternativos de realização jurisdiccional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 74, 1998.

_____. Fontes de direito: contributo para a revisão do seu problema. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXIV, 1998.

_____. *Questão-de-facto-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.

NEVES, Marcelo. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 84, 1984.

NIINILUOTO, Ilkka. Sobre la verdad de las proposiciones normativas. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (Comp.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 137, 2006.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdiccional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PARCERO, Juan Antonio Cruz. Los métodos para los juristas. In: COURTIS, Christian (Ed.). *Observar la ley*. Madrid :Trotta, 2006.

PARDO, Michael. Second-order proof rules. *Florida Law Review*, v. 61, 2009.

PATTARO, Enrico. *The law and the right: a reappraisal of the reality that ought to be*. Dordrecht, Springer, 2007.

PECZENIK, Aleksander. *Scientia iuris: legal doctrine as a knowledge of law and as a source of law*. Dordrecht, Kluwer, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Seguridad jurídica. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco (Org.). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000.

_____. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 2008.

PETERS, Christopher. *A matter of dispute*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Barcelona: Bosch, 2007.

RAINBOLT, George. *The concept of rights*. Dordrecht: Springer, 2006.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

RAZ, Joseph. *The concept of a legal system*. Cidade: Oxford Clarendon Press, 1980.

_____. *Razón practica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. *The morality of freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

_____. *Authority of law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

READ, William. *Legal thinking*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 1986.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

REDISH, Martin H. *Wholesale justice*. Stanford: Stanford University Press, 2009.

REDONDO, Cristina. Regras 'genuinas' y positivismo jurídico. *Analisi e diritto, Genova, Giappichelli, 1998*.

_____. Sobre la justificación de la sentencia judicial. In: REDONDO, Cristina; SAUCA, José María; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Estado de Derecho y decisiones judiciales*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

REGLA, Josep Aguiló. *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel, 2000.

REIFF, Mark. *Punishment, compensation, and law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

- RÓDENAS, Ángeles. *Razonamiento judicial y reglas*. México: Fontamara, 2004.
- RODRÍGUEZ, Jorge L. *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- _____. La tensión entre dos concepciones de los sistemas jurídicos. In: *Análisis filosófico*, Buenos Aires, vol. XXVI, n° 2, 2006.
- _____. En torno a las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos, prefacio. In: SUCAR, Germán. *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2008
- _____. Norms, truth and legal statements. Conference on Neutrality and Theory of Law 2010, Girona: [s.d.], 2010.
- RODRÍGUEZ, Jorge L.; BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Marcial Pons, 2011.
- RUBEN, David-Hillel. *The metaphysics of the social world*. London, Routledge, 1985.
- RUBENFELD, Jed. *Revolution by judiciary*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.
- RUITER, Dick W. P. *Institutional legal facts*. Dordrecht: Kluwer Academic, 1993.
- _____. *Legal institutional legal facts*. Dordrecht: Kluwer Academic, 2001.
- SÁCHEZ, Guillermo Ormazabal. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Madrid, Marcial Pons, 2004.
- _____. *Iura novit curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- SAMUEL, Geoffrey. *Epistemology and method in law*. Aldershot, Ashgate, 2003.
- SARTOR, Giovanni. *Legal reasoning: a cognitive approach to law*. Dordrecht, Springer, 2005.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, 2007.
- SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- _____. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, contingência e racionalidade*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

_____. Interdisciplinaridade e adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência no direito. *Revista brasileira de filosofia*, São Paulo, v. 232, 2009.

_____. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo. *Revista de direito administrativo*, São Paulo, v. 245, 2007.

SEARLE, John. *The construction of social reality*. London: Penguin, 1995.

SERRANO, José. *Validez y vigencia*. Madrid, Trotta, 1999.

SGARBI, Adrian. *Teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SHERRY, Suzanna; TIDMARSH, Jay. *Civil procedure: the essentials*. New York: Aspen Publishers, 2007.

SICHES, Luis Recaséns. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.

SIMPSON, A. W. B. *Invitation to law*. Oxford: Blackwell, 1998.

SOLUM, Lawrence. Procedural justice. *Southern California Law Review*, v. 78, n. 181, 2004.

SPAACK, Torben. *The concept of legal competence*. Aldershot, Dartmouth, 1994.

STEIN, Alex. *Foundations of evidence law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

STEIN, Alex; PORAT, Ariel. *Tort liability under uncertainty*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

STOLJAR, Samuel. *Moral and legal reasoning*. London: Macmillan, 1980.

STROLL, Avrum. *Informal philosophy*. Totowa: Rowan & Littlefield, 2009.

STRUCHINER, Noel. Formalismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUCAR, Germán. *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

SUNSTEIN, Cass; ULMANN-MARGALIT, Edna. *Second-order decisions*. Chicago working papers in law and economics, Chicago, v. 57, 2004.

SUNSTEIN, Cass. *Must formalism be defended empirically?*. Chicago: University Chicago Law review, 1999.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid, Trotta, 2002.

_____. *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

TUOMELA, Raimo. *The philosophy of sociality: the shared point of view*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

TWINING, William; MIERS, David. *Analysis of evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

_____. *How to do thing with rules*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. *Law and the Limits of Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

VERNENGO, Roberto. Interpretación del derecho. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco (Org.). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000.

VILAJOSANA, Josep. *El derecho en acción*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Fundamentos do Estado de Direito. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 43/44, 1977.

_____. Norma jurídica: proposição jurídica (significação semiótica). *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 61, 1982.

WALTON, Douglas. *Appeal to expert opinion*. Pennsylvania: Pennsylvania University Press, 1997

WASSERSTROM, Richard. *The Judicial decision*. Stanford: Stanford University Press, 1961.

WATSON, Alan. *The nature of law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1977.

WEINRIB, Ernest. Two conceptions of remedies. In: RICKETT, Charles (Org.). *Justifying private law remedies*. Portland: Hart Publishing, 2008.

WILFRID, Waluchow. *Positivismo jurídico incluyente*. Madrid, Marcial Pons, 2007.

WHITE, Alan R. *Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1984.

_____. *Grounds of liability*. Oxford: Clarendon Press, 1985.

WRIGHT, Georg Von. *Norm and action*. London, Routledge, 1963.

_____. Ser y deber ser. In: AARNIO, Aulis et al. (Comp.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

WRIGHT, Richard. Right, justice and tort law. In: OWEN, David (Org.). *Philosophical foundations of tort law*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The judicial application of law*. Kluwer: Dordrecht, 2010.

YARSHELL, Flavio Luiz. *Tutela jurisdiccional*. São Paulo: DPJ, 2006.

ZAKRZEWSKI, Rafal. *Remedies reclassified*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

ZUCCA, Lorenzo. *Constitutional dilemmas*. Oxford: Oxford University Press, 2008.